FUSION UND KARTELL

Ein Beitrag zur Lehre vom Kartellvertrag

ROBERT WIESCHEMANN

1974

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547310_0016

F u s i o n und K a r t e l l

- Ein Beitrag zur Lehre vom Kartellvertrag -

Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors des Rechts der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes

von

Robert Wieschemann

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Disputation: 4. Februar 1972
Dekan: Prof. Dr. rer. pol. Rudolf Richter
Erstberichterstatter: Prof. Dr. iur. Günther Jahr
Zweitberichterstatter: Prof. Dr. iur. Ulrich Huber

V O R W O R T

Die
Bei Behandlung des Themas meiner Arbeit - die Beantwortung der Frage, warum Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern im Gegensatz zu Kartellverträgen trotz mindestens gleicher wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen die Wirksamkeit nicht versagt wird - ist für das Verständnis dessen, was wir meinen, wenn wir von Kartellverträgen sprechen, unumgänglich. Die Dissertation wurde im Frühjahr 1972 abgeschlossen. Damals schienen sowohl die Neufassung des GWB als auch die Veröffentlichung von MESTMÄCKERS Monographie zum europäischen Wettbewerbsrecht unmittelbar bevorzustehen. Beide Ereignisse wollte ich bei der Endfassung der Arbeit noch berücksichtigen, weil ich eine Vertiefung der Thematik erhoffte. Die Neufassung des GWB wurde am 3. Aug. 1973 verkündet, MESTMÄCKERS Europäisches Wettbewerbsrecht erschien im Frühjahr 1974.

Ich habe - im Gegensatz zu vielen anderen, die zum Thema Stellung genommen haben - versucht, die Problematik mit Hilfe der Methoden und Einsichten der klassischen Zivilrechtslehre zu lösen. Den Weg hierzu hat mir GÜNTHER JAHR gewiesen, bei dem ich Zivilrecht gelernt habe. Ihm gebührt mein ganz besonderer Dank.

Kaiserslautern, im April 1974 Robert Wieschemann

Inhaltsübersicht

1 Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern und der Tatbestand des Kartellverbots 1

1.1 Die im Hinblick auf das Kartellverbot unterschiedliche Behandlung von Verschmelzungsverträgen zwischen Wettbewerbern und Kartellverträgen 1

1.10 Die mögliche Identität der wettbewerblichen Wirkungen 1

1.11 Vorläufige Subsumtion unter das Kartellverbot 3

1.12 Verschmelzungsverträge zwischen Wettbewerbern als vom Kartellverbot nicht erfaßte Sachverhalte 5

1.13 Der gesetzliche Inhalt des Kartellverbots (§ 1 GWB) 5

1.14 Die unterschiedliche Behandlung von Kartellvertrag und Verschmelzungsvertrag als Problem 6

1.2 Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern als vom Kartellverbot nicht erfaßte Sachverhalte 7

1.20 Verschmelzungsverträge als Unterfall des gesellschaftsrechtlichen Zusammenschlusses von Wettbewerbern 7

1.21 Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern 8

1.22 Die Notwendigkeit kartellrechtlicher Gleichbehandlung aller Fusionsverträge von Wettbewerbern 9

1.23 Meinungsstand 10

1.24 Die Austauschbarkeit der möglichen Rechtsformen von Gesellschaftsgründungen als Grund der notwendigen Gleichbehandlung 12

1.25 Unzulässigkeit verschiedener Argumentation für verschiedene Rechtsformen 14

1.26 Ergebnis 14

2 Die unterschiedliche Behandlung von Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern und (sonstigen?) Kartellverträgen als Problem 15

2.1 Die unterschiedliche Behandlung in den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages 15

2.20 Unterschiedliche Behandlung im deutschen Recht als Konkurrenzproblem 17

2.21 Kartellverbot und Verfassungsrecht 17

2.22 Kartellverbot und §§ 22 ff. GWB a.F. 19

2.3 Die Aussagen der Gesetzesmaterialien 22

2.31 Befund 22

2.32 Die Argumentation in den Materialien zum GWB 23

2.33 Der Standpunkt des Referentenentwurfs 1970 24

2.34 Kartellverbot und §§ 22 ff. GWB n.F. 26

2.4 Kartellverbot und Personalhandelsgesellschaften 26

2.40 Nichterwähnung der §§ 112 f. HGB u.a. in § 109 Abs. 2 GWB 26

2.41 Meinungsstand 27

2.42 Kartellverbot und Schutz der Personalhandelsgesellschaften als Institution 28

2.5 Kartellverbot und Aktienrecht 30

2.6 Ergebnis 31

3 Die Aufgabe 32

3.1 Notwendigkeit sachbezogener Begründung und rechtssatzförmlicher Fassung der Differenzierung 32

3.2 Die sachbezogene Begründung als Argumentation über die Vereinbarkeit der Differenzierung mit den durch das Kartellverbot verfolgten Wertungen 33

3.3 Vorklärung zur Struktur von Rechtssätzen und zur Begriffsbildung 34

3.31 Das Kartellverbot als Rechtssatz 35

3.32 Sprachlicher Ausdruck von Tatbestandsmerkmalen und Sachargument 36

3.4 Vorklärung zum sprachlichen Ausdruck der Differenzierung im Tatbestand des Kartellverbots 38

3.5 Die Argumentation des Schrifttums: Festlegung von Tatbestandsmerkmalen 39

3.6 Gang der Darstellung 40

3.7 (Als wirklich gedachte) Sachverhalte von "Kartellverträgen" und "Fusionsverträgen" 40

4 Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern und (sonstige?) Kartellverträge in der Interpretation der Tatbestandsmerkmale des Kartellverbots 42

4.1 Zum Tatbestandsmerkmal "Unternehmen" 42

4.11 Die bisherige Auslegung 42

4.12 Unternehmen als Entscheidungseinheit 46

4.13 Der Fusionsvertrag als Vertrag von Unternehmen 50

4.2 Zum Tatbestandsmerkmal "Beschränkung des Wettbewerbs" 50

4.21 Die Beschränkung des Wettbewerbs 51

4.22 Mindestinhalt des Begriffs 52

4.23 Die Irrelevanz des vermeintlichen Unterschiedes zwischen "Beschränkung" und "Beseitigung" der unternehmerischen Handlungsfreiheit 53

4.3 Zum Tatbestandsmerkmal "Marktbeeinflussung" 57

4.4 Zum Tatbestandsmerkmal "Vertrag" 61

4.40 Der Begriff des Vertrages 61

4.41 "Vertrag" meint Verpflichtungsgeschäfte 62

4.42 Fusionsverträge als Verpflichtungsgeschäfte 62

4.43 Kartellverträge ausschließlich Verpflichtungsgeschäfte? 62

4.44 Kartellverträge nur bei bestimmten Verpflichtungsinhalten? 63

4.5 Zum Tatbestandsmerkmal "Eignung zur Marktbeeinflussung" 64

4.50 Absicht der Marktbeeinflussung? 64

4.51 Mindestinhalt von Kartellverträgen: "Gegenstands-" oder "Folgetheorie"? 65

4.52 Untauglichkeit der "Gegenstandstheorie" zur Begründung der Differenzierung 69

4.53 Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals "Eignung zur Marktbeeinflussung" 70

4.54 Der Zusammenhang zwischen Vertragserfüllung und Beschränkung des Wettbewerbs 72

4.6 Zum Tatbestandsmerkmal "(Vertrag) zu einem gemeinsamen Zweck" 74

4.60 Kartellverträge als Gesellschaftsvertrage 74

4.61 "Gemeinsamer Zweck, den Wettbewerb zu beschränken"? 75

4.7 Zusammenfassung 79

5 Unterschiede zwischen Fusionsverträgen und (sonstigen?) Kartellverträgen in den Auswirkungen 79

5.1 Unterschiede hinsichtlich der "wirtschaftlichen Selbständigkeit" nach Zusammenschluß 79

5.2 Unterschiede hinsichtlich der Normsetzung für Dritte (Drittbezogenheit) 84

5.3 "Wirtschaftliche Unterschiede" zwischen Fusionen und Kartellen 88

5.31 Gesamtwirtschaftliche Leistungssteigerung durch Fusionen 88

5.32 "Souveränität" im Kartell, "Exklusivität" im Konzern 93

5.33 Unterschiedliche Auswirkungen im Hinblick auf die Marktstruktur 94

5.4 Unterschiede hinsichtlich der Sozialadäquanz 95

5.5 Die Lehre von der rule of reason 99

5.50 Die Differenzierung in anderen Rechtsordnungen 99

5.51 "Kartellverträge" und "Fusionsverträge" im Antitrustrecht 99

5.52 Anwendung der rule of reason nur bei Fusionsverträgen, der per se rules nur bei Kartellverträgen 101

5.53 Die Begründung der Differenzierung im Antitrustrecht 108

5.6 Zusammenfassung 111

6 Unterschiede zwischen (wettbewerbsbeschränkenden) Fusionsverträgen und (wettbewerbsbeschränkenden) sonstigen Gesellschaftsverträgen in den Tatbestandsmerkmalen 112

6.0 Fragestellung: Der Unterschied zwischen Fusionsverträgen und sonstigen Gesellschaftsverträgen überhaupt 112

6.1 Das zusätzliche Begriffsmerkmal von Fusionsverträgen: Notwendige äußere Publizität der Begründung des Gesellschaftsverhältnisses (Notwendige äußere Publizität von Entscheidungseinheiten) 113

7 Notwendige äußere Publizität von Entscheidungseinheiten und die Funktionen des Kartellverbots 118

7.0 Fragestellung: Relevanz des zusätzlichen Begriffsmerkmals für die Funktionen des Kartellverbots 118

7.1 Die behaupteten Funktionen des Kartellverbots 119

7.11 Voraussetzungen der Diskussion 119

7.12 Die ökonomische und die entmachtende Funktion des Wettbewerbschutzes 121

7.13 Die ökonomische Funktion 122

7.14 Die entmachtende Funktion 125

7.15 Relevanz der ökonomischen Funktion für die Differenzierung? 132

7.16 Relevanz der entmachtenden Funktion für die Differenzierung? 132

7.2 Die Publizitätsfunktion des Kartellverbots 132

7.21 Fragestellung 133

7.22 Notwendige äußere Publizität von Entscheidungseinheiten als Voraussetzung des Stattfindens von Wettbewerb 133

7.23 Notwendige äußere Publizität von Entscheidungseinheiten als Voraussetzung der Bekämpfung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht 137

7.24 Das Gebot der notwendigen äußeren Publizität von Entscheidungseinheiten 141

7.3 Der Begriff der notwendigen äußeren Publizität von Entscheidungseinheiten: Offenlegung der Identität und Individualität von Entscheidungseinheiten 142

7.4 Die handelsrechtliche Registerpublizität als äußere Publizität von Entscheidungseinheiten 144

7.41 Sicherung der Identifizierung von Entscheidungseinheiten durch das Handelsregister 144

7.42 Sicherung der Individualisierung von Entscheidungseinheiten durch das Handelsregister 145

7.43 Sinngebung der handelsrechtlichen Registerpublizität 146

7.5 Fehlende notwendige äußere Publizität im Wirtschaftsverkehr 147

7.6 Durch die Registerpublizität zu erklärende Normen 153

7.7 Der Sinn des Kartellverbots: Bekämpfung verschleierter Verlagerung von Entscheidungskompetenzen 153

8 Verbotene und erlaubte wettbewerbsbeschränkende Gesellschaftsverträge (Abwesenheit und Vorliegen notwendiger äußerer Publizität) 157

8.1 Wettbewerbsbeschränkende Gesellschaftsverträge ohne notwendige äußere Publizität (Kartellverträge) 157

8.11 Gesellschaft bürgerlichen Rechts 158

8.12 Nichtrechtsfähiger Verein 159

8.13 Rechtsfähiger Verein 159

8.14 Doppelgesellschaft 160

8.15 SonderleistungsGmbH 162

8.2 Wettbewerbsbeschränkende Gesellschaftsverträge mit notwendiger äußerer Publizität (Fusionsverträge) 165

8.21 Errichtung von Handelsgesellschaften mit einheitlicher Firma und Verschmelzung von AGs durch Neubildung 165

8.22 Errichtung von Handelsgesellschaften mit Beibehaltung mehrerer Firmen 166

8.23 Verschmelzung durch Aufnahme 167

8.24 Bildung vertraglicher Unterordnungskonzerne 169

8.25 Bildung sonstiger Konzerne 172

8.3 Syndikate 176

8.31 Bildung "totaler" Syndikate und Kartellverbot 176

8.32 Wirksame "Syndikalisierung" unternehmerischer Funktionen 178

8.33 Unwirksame "Syndikalisierung" 179

8.34 Wirksamkeit der Gründung von Einkaufsgenossenschaften als Ausdruck eines allgemeinen Prinzips 179

8.35 "Totales" Syndikat als Grundfall der "Fusion" 180

8.36 Arbeitsgemeinschaft als "totale" Syndikate im Einzelfall 181

8.4 Atypische stille Gesellschaft 183

8.5 Gemeinschaftsunternehmen 183

8.6 Ergebnis 184

9 Zusammenfassung und Folgerungen 186

9.1 Zusammenfassung 187

9.2 Formulierung des Kartellverbots 187

9.3 Notwendige Sonderstellung der Kartellverträge unter den wettbewerbsbeschränkenden Gesellschaftsverträgen 188

Literaturverzeichnis

ANDREAE, CLEMENS August
Machtkonflikt und Machtkonkurrenz in der Marktwirtschaft, in: Wirtschaftliche Macht und Wettbewerb, Köln/Berlin/Bonn/München 1966, S. 27 ff.

ARNDT, HELMUT
Macht, Konkurrenz und Demokratie, in: Konzentration ohne Kontrolle (Kritik, Bd. II), Köln und Opladen 1969, S. 23 ff.

AXMANN, PETER
Die Gründung von Organgesellschaften und ihre kartellrechtliche Bedeutung, WuW 1963, S. 990 ff.

BÄHR/ECKSTEIN/FIKENTSCHER/HAMM/HEUSS/KAUFER/KOENIGS/LENEL/LÜKE/LUKES/MESTMÄCKER/RAISCH/RUPP,
Zur Reform des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Wettbewerb als Aufgabe, Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg v.d.H./Berlin/Zürich 1968, S. 5 ff.

BALLERSTEDT, KURT
Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personengesellschaften, JuS 1963, S. 253 ff.

BALLERSTEDT, KURT
Handlungsunwert oder Erfolgsunwert im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift FRANZ BÖHM, Karlsruhe 1965, S. 179 ff.

BAUMBACH-DUDEN
Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht, begründet von ADOLF BAUMBACH, fortgeführt von KONRAD DUDEN, 19. Aufl., München 1971

BAUMBACH-HEFERMEHL
Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, begründet von ADOLF BAUMBACH, fortgeführt von WOLFGANG HEFERMEHL, 8. Aufl., München und Berlin 1960

BAUMBACH-HUECK
Kommentar zum Aktiengesetz, begründet von ADOLF BAUMBACH, fortgeführt von ALFRED HUECK, GÖTZ HUECK und JOACHIM SCHULZE, 13. Aufl., München 1968

BAUMBACH-HUECK
Kommentar zum GmbH-Gesetz, begründet von ADOLF BAUMBACH, fortgeführt von ALFRED HUECK, 13. Aufl., München 1970

BECHER, HANS
Wettbewerbsverbot und gesellschaftsmäßige Treuepflicht, NJW 61, S. 1998 ff.

BEHRENS, FRIEDRICH-STEPHAN
Der Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1958, S. 481 ff.

BENISCH, WERNER
Einkaufsmacht und Kartellbegriff, WuW 1956, S. 480 ff.

BENISCH, WERNER
Die kartellrechtliche Bedeutung des Zwecks von Kooperationsverträgen, Betrieb 1968, S. 247 ff.

BENISCH, WERNER
Ist das Kartellverbot grundgesetzwidrig? Betrieb 1956, S. 97 ff.

BENKENDORF, GERHARD
Was ist unter "Beeinflussung der Marktverhältnisse" in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu verstehen? WRP 1962, S. 146 ff.

BENKENDORF, GERHARD
Über den Vertrag in § 1 GWB und seine Eignung zur Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkungen, WRP 1962, S. 313 ff.

BIEDENKOPF, KURT
Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot, in BIEDENKOPF/CALLMANN/DERINGER, Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, Düsseldorf 1957, S. 11 ff.

BIEDENKOPF, KURT
Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, Die Ausschließlichkeitsbindung als Beispiel, Heidelberg 1958

BÖHM, FRANZ
Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933, Nachdruck Köln 1964

BÖTTCHER, CONRAD und MEILICKE, HEINZ
Umwandlung und Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Kommentar, 5. Aufl., Berlin und Frankfurt 1958

BORCHARDT, KNUT und FIKENTSCHER, WOLFGANG
Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957

BRECHER, FRITZ
Das Unternehmen als Rechtsgegenstand, Rechtstheoretische Grundlegung, Bonn 1953

BRINKMANN, HEINZ-VOLKER
Markttransparenz und Wettbewerbsrecht, Diss. Göttingen 1963

BURNS, JOSEPH W.
A Study of the Antitrust Laws, New York 1958

CLODIUS, GERNOT
Die Mißbrauchbestimmungen des GWB als Schutzgesetze, Diss. Göttingen 1968

CROMME, FRANZ
Der "spürbare Markteinfluß" des Kartells, WuW 1969, S. 601 ff.

CURTI, EUGEN
Das Antitrustrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, Zürich 1955

DERINGER, ARVED und HERRMANN, HANSJÜRGEN
Konzernmäßige Zusammenschlüsse und das Kartellverbot des § 1 GWB, Betriebsberater 1966, S. 1157 ff.

DÜRINGER-HACHENBURG
Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. II 2 (§§ 105 - 177, 335 - 342), 3. Aufl., erl. von JULIUS FLECHTHEIM, Mannheim/Berlin/Leipzig 1932

DÜRRHAMMER, WILHELM
Konzentration und Wettbewerb, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, Köln, Berlin, Bonn, München 1968, S. 231 ff.

ENGELMANN, FRITZ
Der Kampf gegen die Monopole in den USA, Berlin, Tübingen 1951

ENNECCERUS-NIPPERDEY
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2 Bände, 15. Aufl., Tübingen 1959

EUCKEN, WALTER
Die Grundlagen der Nationalökonomie, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1950

EUCKEN, WALTER
Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Bern/Tübingen 1955

FABRICIUS, FRITZ
Relativität der Rechtsfähigkeit. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des privaten Personenrechts, München und Berlin 1963

FIKENTSCHER, WOLFGANG
Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB, WuW 1961, S. 788 ff.

FIKENTSCHER, WOLFGANG
Die Interessengemeinschaft, Eine gesellschafts- und kartellrechtliche Untersuchung, Köln/Berlin/Bonn/München 1966

FIKENTSCHER, WOLFGANG
Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung, WuW 1960, S. 680 ff.

FIKENTSCHER, WOLFGANG
"Sonstige Verträge" im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Festschrift für ALFRED HUECK, München und Berlin 1959, S. 543 ff.

FIKENTSCHER, WOLFGANG
Systemfragen im europäischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Wirtschaftsordnung / und Rechtsordnung, Festschrift für FRANZ BÖHM, Karlsruhe 1965, S. 261 ff.

FIKENTSCHER, WOLFGANG
Unternehmenskonzentration und Meldepflicht, Festschrift für H. C. NIPPERDEY, Band II, München und Berlin 1965, S. 159 ff.

FIKENTSCHER, WOLFGANG
Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1958

FLUME, WERNER
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, Berlin/Heidelberg/New York 1965

DAS FRANKFURTER PUBLIZITÄTSGESPRÄCH
Frankfurt/Main 1962, mit Beiträgen von ERNST v. CAEMMERER, GÜNTHER JAHR u.a.

FRICKE, WERNER
Kollektivmonopole, Heidelberg 1956

FUNCK, GERHARD
Konzerneinheit und Kartellverbot, Die kartellrechtliche Beurteilung von konzerninternen Verträgen, Diss. Heidelberg 1966

GANDENBERGER, OTTO
Was ist ein Unternehmen? Heidelberg 1963

GEMEINSCHAFTSKOMMENTAR
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, herausgegeben von HANS MÜLLER-HENNEBERG und GÜNTER SCHWARTZ, 2. Aufl., Köln 1963, mit Nachtrag 1966 zur Novelle 1965 zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

GLAHE, WERNER
Theoretische Grundlagen neoliberaler Wirtschaftspolitik und ökonomische Macht, in: Wirtschaftliche Macht und Wettbewerb, Köln/Berlin/Bonn/München 1966, S. 73 ff.

v. GIERKE, JULIUS
Handels- und Schiffartsrecht, 8. Aufl., Berlin 1958

v. GIERKE, JULIUS
Das Handelsunternehmen, ZHR 111, S. 1 ff.

GIESEKE, PAUL
Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens, in: Festschrift für ERNST HEYMANN Teil II, Weimar 1940, S. 112 ff.

GNAUK, HERBERT und LIEBERKNECHT, OTFRIED
Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Wettbewerbsverboten in Personengesellschaften, BB 1963, S. 1067 ff.

GÖTZ, HEINRICH
Das Wettbewerbsverbot des Gesellschafters einer OHG in handels- und kartellrechtlicher Sicht, zugleich Rezension von BGHZ 38, 306, JuS 1963, S. 384 ff.

GÖTZ, HEINRICH und RIEGER, HARALD
Das Verhältnis von Kartell- und Konzernrecht, JuS 1968, S. 393 ff.

GÜNTHER, EBERHARD
Die Einschränkung der Vertragsfreiheit durch das Kartellgesetz, Betrieb 1969, S. 25 ff.

GÜNTHER, EBERHARD
Probleme der Fusionskontrolle, Köln/Berlin/Bonn/München 1970

GÜNTHER, EBERHARD
Zehn Jahre Bundeskartellamt: Rückblick und Ausblick, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, Köln/Berlin/Bonn/München 1968, S. 11 ff.

GUTENBERG, ERICH
Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Bd. 2, Der Absatz, 11. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1968

GUTENBERG, ERICH
Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Bd. 1, Die Produktion, 17. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1970

HABERKORN, KURT
Unternehmensbegriff in den Vorschriften über Wettbewerbsbeschränkungen, GRuR 1962, S. 449 ff.

HANDLER, MILTON
A Study of the Construction and Enforcement of the Federal Antitrust Laws, TNEC Monograph No. 38, Washington 1941

HARMS, WOLFGANG
Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Eine wirtschafts- und gesellschaftsrechtliche Untersuchung, Köln/Berlin/Bonn/München 1968

HAUSSMANN, FRITZ
Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, Mannheim/Berlin/Leipzig 1926

HAUSSMANN, FREDERICK (FRITZ)
Der Wandel des internationalen Kartellbegriffs, Bern 1947

HAX, KARL
Optimale Unternehmensgrößen in einer sich wandelnden Welt, ZfbF 1965, S. 404 ff.

HELD, GÜNTER
Rechtsformen zulässiger Kartelle, Köln/Berlin/Bonn/München 1962

HEFERMEHL, WOLFGANG
Beurteilung von Fusionen und Konzernbildungen nach Art. 85 und 96 des EWG-Vertrages, Festschrift für H. C. NIPPERDEY, Band II, München und Berlin 1965, S. 771 ff.

HEFERMEHL, WOLFGANG
Unternehmenszusammenschlüsse in kartellrechtlicher Sicht, GRuR 1966, S. 651 ff.

HEIMANN, KLAUS
Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten in Gesellschaftsverträgen von OHG und KG, Diss. München 1966

HIRNER, HANS-PETER
Die gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbote und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. München 1963

HIRSCH, ERNST E.
Kontrolle wirtschaftlicher Macht, Bern 1958

HOPPMANN, ERICH
Zum Schutzobjekt des GWB, in: Wettbewerb als Aufgabe, Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg v.d.H./Berlin/Zürich 1968, S. 61 ff.

HUBER, ERNST RUDOLF
Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band I, 2. Aufl., Tübingen 1953

HUBER, ULRICH
Zur kartellrechtlichen Problematik der Zusammenfassung von Konzernunternehmen unter einer einheitlichen Leitung im Sinn des § 18 AktG, ZHR 133 (1968), S. 193 ff.

HUBER, ULRICH
Typenzwang, Vertragsfreiheit und Gesetzesumgehung, JurA 1970, S. 784 ff.

HUECK, ALFRED
Normenverträge, IhJb 73 (1923), S. 33 ff.

HUECK, Alfred
Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, Systematisch dargestellt, 4. Aufl., Berlin/New York 1971

HUPPERT, WALTER
Richtlinien für eine Fusionskontrolle, WuW 1971, S. 461 ff.

JÄGER, ARMIN
Inhalt und Grenzen des Kartellbegriffs in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln, Berlin, Bonn, München 1970

JOLIET, RENE
The Rule of Reason in Antitrust Law, American, German and Common Market Laws in comparative perspective, La Haye 1967

KANTZENBACH, ERHARD
Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, Göttingen 1967

KARDARAS, ATHANASIOS
Das Wettbewerbsverbot in den Personalgesellschaften, München und Berlin 1967

KARTTE, WOLFGANG
Zur Auslegung des § 1 GWB: Kartelle - Zusammenschlüsse - Gemeinschaftsunternehmen, WuW 1963, S. 565 ff.

KARTTE, WOLFGANG
Fusionskontrolle in der Marktwirtschaft, in: RAISCH/SÖLTER/KARTTE, Fusionskontrolle, Für und Wider, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1970, S. 87 ff.

KAUFMANN, HEINZ und RAUTHMANN, HANS-GÜNTHER u.a.
Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Frankfurter Kommentar), Köln (Loseblattausgabe)

KLEIM, HANS-HELMUT
Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln/Berlin/Bonn/München 1966

KNÖPFLE, ROBERT
Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, Köln/Bonn/Berlin/München 1966

KNÖPFLE, ROBERT
Zum Rechtsbegriff "Wettbewerb" im Sinne des GWB, JZ 1968, S. 292 ff.

KÖHLER, HERBERT W.
Betrieb und Unternehmen in wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht, JZ 1953, 713 ff.

KOENIGS, VOLKMAR
Die stille Gesellschaft, Berlin 1961

KRAUSE, GISELA
Die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften im deutschen und französischen Recht, Berlin 1966

KRELLE, WILHELM
Preistheorie, Tübingen/Zürich 1961

KRONSTEIN, HEINRICH
Das Recht der internationalen Kartelle, zugleich eine rechtsvergleichende Untersuchung von Entwicklung und Funktion der Rechtsinstitute im moderenen interkontinentalen Handel, Berlin 1967

KRONSTEIN, HEINRICH
"Cartels" under the new German Cartel Statute, Vanderbilt Law Review, Bd. 11 (1958), S. 271 ff.

LANGEN, EUGEN und BÖCKSTIEGEL, KARL-HEINZ
Kommentar zum Kartellgesetz, Neuwied am Rhein und Berlin (Loseblatt)

LANGEN, EUGEN und WILKE, HANS-ULRICH
Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl., Neuwied 1958

LARENZ, KARL
Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, München 1967

LARENZ, KARL
Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil, 9. Aufl., München 1968

LARENZ, KARL
Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1969

LAUFKE, FRANZ
Die allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Filmwirtschaft unter Berücksichtigung der Generalklauseln, Schriftenreihe UFITA, Heft 23, Baden-Baden 1962

LENEL, HANS OTTO
Externes Unternehmenswachstum als Problem der Wettbewerbspolitik, in: Wettbewerb als Aufgabe, Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg v.d.H./Berlin/Zürich 1968, S. 489 ff.

LIEFMANN, ROBERT
Kartelle, Konzerne und Trusts, 7. Aufl., Stuttgart 1927

LOEVINGER, LEE
Die Rule of Reason im amerikanischen Antitrustrecht, WuW 1964, S. 588 ff.

LUKES, RUDOLF
Der Kartellvertrag, München und Berlin 1959

LUKES, RUDOLF
Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für FRANZ BÖHM, Karlsruhe 1965, S. 199 ff.

LÜBBING, WENDEL
Unternehmenszusammenschlüsse nach § 23 GWB und Art. 66 MÜV, Diss. Göttingen 1965

MAGEN, ALBRECHT
Gesellschaftsrechtl. Wettbewerbsverbot und Kartellrecht, NJW 1961, S. 147 ff.

MAURER, ALFONS
Die Gemeinschaftsunternehmen im amerikanischen Antitrustrecht, Stuttgart 1969

MERZ, HANS
Kartellrecht - Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit? Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift FRANZ BÖHM, Karlsruhe 1965, S. 227 ff.

MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM
Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 86 des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Festschrift für WALTER HALLSTEIN, Frankfurt am Main 1966, S. 322 ff.

MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM
Europäisches Wettbewerbsrecht, München 1974

MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM
Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 1964, S. 441 ff.

MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM
Das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, Der Betrieb 1968, S. 787 ff., 835 ff.

MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM
Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958

MIETHKE, JÜRGEN
Der Konzern und das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Kiel 1964

MIKSCH, LEONHARD
Wettbewerb als Aufgabe, Bad Godesberg 1947

MINAS-v. SAVIGNY, JUTTA
Negative Tatbestandsmerkmale, Köln 1972

MÖHRING, PHILIPP
Die Bedeutung der Rule of Reason im Kartellrecht, WuW 1955, S. 5 ff., 89 ff.

MÖHRING, PHILIPP
Unternehmenszusammenschlüsse in kartellrechtlicher Sicht (unter besonderer Berücksichtigung patent- und markenrechtlicher Fragen), GRuR 1966, S. 645 ff.

MOXTER, ADOLF
Der Einfluß von Publizitätsvorschriften auf das unternehmerische Verhalten, Köln und Opladen 1962

MÜLLENSIEF, H. und DÖRINKEL, W.
Kartellrecht einschließlich neuer Kartellaufsicht, = Preisbildung = Schiedsgerichtsbarkeit und = Steuerrecht, Kommentar, 3. Aufl., Berlin 1938

MÜLLER, J. HEINZ
Konzentration und Wettbewerb, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Neue Folge, Band 22, Berlin 1961, S. 117 ff.

MÜLLER, OKKO
Die Organisationsverträge im Aktienrecht, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom objektiven Recht, Diss. Hamburg 1964

MÜLLER-ERZBACH, HANS
Der Schutz der Unternehmerarbeit, ZHR 64 (1909), S. 530 ff.

MÜLLER-HENNEBERG, FRANZ
Zu den Begriffen "Kartell" und "Wettbewerbsbeschränkung", WuW 1963, S. 877 ff.

NEUMEYER, FREDERICK
Monopolkontrolle in USA, Berlin 1953

NIPPERDEY, HANS CARL
Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957, S. 1777 ff.

NIPPERDEY, HANS CARL
Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, Kartellrundschau 1960, S. 24 ff.

NORDMEYER, ANDREAS
Der Unternehmensbegriff im Konzernrecht, Köln 1970

PAULIK, HEINZ
Handbuch der stillen Gesellschaft, 2. Aufl., Köln 1971

PLASSMANN, NORBERT
Rechtsbegriffe im Wettbewerbsrecht, JZ 1968, S. 81 ff.

QUANTZ, JÜRGEN
Wettbewerbsbeschränkungen in Gesellschaftsverträgen, Diss. Göttingen 1963

RAISCH, PETER
Zum Begriff des Mißbrauchs im Sinne des § 22 GWB, in: Wettbewerb als Aufgabe, Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg v.d.H./Berlin/Zürich 1968, S. 357 ff.

RAISCH, PETER
Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als Instrument zur Bindung großer wirtschaftlicher Macht, BB 1971, S. 229 ff.

RAISCH, PETER
Zur Notwendigkeit einer effektiven Fusionskontrolle aus wettbewerbspolitischer und gesamtwirtschaftlicher Sicht, in: RAISCH/SÖLTER/KARTTE, Fusionskontrolle, Für und Wider, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1970, S. 11 ff.

RAISCH, PETER
Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, Karlsruhe 1965

RAISER, LUDWIG
Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 97 (1961), S. 121 ff.

RAISER, LUDWIG
Die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Fragen der Gestaltung der Unternehmensformen, Referat, Verhandlungen des 39. Deutschen Juristentages, Stuttgart 1951, S. B 57 ff.

RASCH, HAROLD
Kartellvertrag oder Gemeinschaftsunternehmen, WuW 1961, S. 79 ff.

RASCH, HAROLD
Deutsches Konzernrecht, 3. Aufl., Köln 1966

RASCH, HAROLD und WESTRICK, KLAUS
Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Erläuterungen zum europäischen Kartellrecht, 3. Aufl., Herne/Berlin 1966

RASNER, HENNING
Die atypische stille Gesellschaft, Ein Institut des Gesellschaftsrechts, Bielefeld 1961

REINHART, GERT
Die vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot, Zum Begriff der Ordnungswidrigkeit nach § 38 Absatz 1 Nr. 1 GWB, Köln/Berlin/Bonn/München 1963

RGRK (HGB)
Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, Bd. 2 (§§ 105 - 177, 335 - 342), bearbeitet von OTTO WEIPERT, 2. Aufl., Berlin 1950

RIEGER, HARALD
Das Problem der Güterabwägung bei der Anwendung des Kartellverbotes - zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Restriktion, Diss. Frankfurt/Main 1967

RINCK, GERD
Konzernrecht, Juristen-Jahrbuch Bd. 5 (1964/65), S. 121 ff.

RINCK, GERD
Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1969

RITTNER, FRITZ
Konzentrationskontrolle - aber wie? Der Betrieb 1970, S. 669 ff., 717 ff.

RITTNER, FRITZ
Die handelsrechtliche Publizität außerhalb der Aktiengesellschaft, Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag, München und Berlin 1964

RITTNER, FRITZ
Die Rechtssicherheit im Kartellrecht, WuW 1969, S. 65 ff.

RITTNER, FRITZ
Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe, Tübingen 1962

ROSENTHAL, CLEMENS
Gesellschaftsrecht und Kartellrecht, Eine typologische Betrachtung nach der Lehre von den gemischten Verträgen, Diss. Köln 1966

SANDROCK, OTTO
Kritische Bemerkungen zum Entwurf für die zweite Kartellgesetznovelle, WuW 1969, S. 205 ff.

SANDROCK, OTTO
Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München 1968

SCHLEGELBERGER
Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Aufl., 2. Band, bearbeitet von ERNST GESSLER, Berlin und Frankfurt/M. 1965

SCHMIDT, INGO
Neue Entwicklungen in der Wettbewerbstheorie unter Berücksichtigung wachstumspolitischer Zielsetzungen, WuW 1966, S. 699 ff.

SCHMIDT, INGO
Relevanter Markt, Marktbeherrschung und Mißbrauch in § 22 GWB und Art. 86 EWGV, WuW 1965, S. 453 ff.

SCHMIDT, INGO
Markttransparenz als Voraussetzung für Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1963, S. 97 ff.

SCHMIDT, INGO
Zum Nachweis des Mißbrauchs einer rechtlichen oder faktischen Wettbewerbsbeschränkung, WuW 1967, S. 635 ff., 777 ff.

SCHMIDT, JÜRGEN
Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, Ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts, Köln/Berlin/Bonn/München 1969

SCHMUDE, JÜRGEN
Der Unternehmensbegriff im Gesetz gegen Wettbewerbesbeschränkungen, Diss. Bonn 1968

SCHNEIDER, ERICH
Einführung in die Wirtschaftstheorie, 2. Teil, Tübingen 1969

SCHWENK, EDMUND H.
Die Rule of Reason und die "per se" Rule im amerikanischen Antitrustrecht, WuW 1957, S. 339 ff.

SEEGERS, HERMANN
Das in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen enthaltene "Kartellverbot" und das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit, Diss. Frankfurt/Main 1960

STAUDINGER
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 11. Aufl., Erster Band, §§ 1 - 240, erl. von FRANZ BRÄNDLE und HELMUT COING, Berlin 1957

STAUDINGER
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit dem Einführungsgesetz, 7. Aufl., Zweiter Band, Dritter Teil, §§ 705 - 740, erl. von KARL GEILER, München/Berlin/Leipzig 1929

TSCHIERSCHKY, S.
Kartell-Organisation, Berlin 1928

TETZNER, HEINRICH
Kartellrecht, Ein Leitfaden, 2. Aufl., München 1967

TILMANN, WINFRIED
Zusammenarbeit und Kartellverbot, Typische Formen unternehmerischer Kooperation und § 1 GWB, Diss. Heidelberg 1966

von TUHR, ANDREAS
Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Zweite Hälfte, Berlin 1918

ULMER, PETER
"Wettbewerbsbeschränkende Absprachen" im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen, WuW 1960, S. 163 ff.

ULMER, PETER
Kartellvertrag und gentlemen's agreement, WuW 1962, S. 1 ff.

ULMER, Peter
Die Stellung von Konzernunternehmen im Montanvertrag, BB 1961, S. 1020 ff.

ULMER, PETER
Der Unternehmensbegriff im Vertrag der EGKS, Heidelberg 1960

WESTERMANN, HARM PETER
Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, Berlin/Heidelberg/ New York 1970

WESTERMANN, HARRY
Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf, Karlsruhe 1956

WIDMANN, SIEGFRIED und MAYER, ROBERT
Umwandlungsrecht, Kommentar, Bonn (Loseblattausgabe)

WINNEFELD, ROBERT
Verbundene Unternehmen im Kartellrecht, Diss. Göttingen 1969

WÜRDINGER, HANS
Aktien- und Konzernrecht, Eine systematische Darstellung, 2. Aufl., Karlsruhe 1966

WÜRDINGER, HANS
Freiheit der persönlichen Entfaltung im Kartell- und Wettbewerbsrecht, Karlsruhe 1953

WÜRDINGER, HANS
Verbundene Unternehmen und GWB, WuW 1967, S. 83 ff.

WÜRDINGER, HANS
Unternehmenskonzentration und Marktbeherrschung, WuW 1961, S. 745 ff.

WÜRDINGER, HANS
Verhältnis des § 112 HGB zu § 1 GWB, WuW 1969, S. 143 ff.

1 Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern und der Tatbestand des Kartellverbots

1.10 Verschmelzungsverträge [1] und Kartellverträge sind in gleicher Weise geeignet, die Voraussetzungen für Wettbewerbsbeschränkungen zu schaffen. Legen die auf dem Markt für die Ware w als Anbieter konkurrierenden Aktiengesellschaften X, Y und Z, deren Tätigkeitsbereich sich auf Produktion und Absatz von w beschränkt, die Preise vertraglich fest, zu denen sie in Zukunft w veräußern wollen, schließen sie also einen Vertrag, den man als Kartellvertrag begreift, so schaffen X, Y und Z Voraussetzungen, den Wettbewerb zu beschränken. Sie beschränken den Wettbewerb, wenn sie sich vertragsgemäß verhalten, wenn sie den Vertrag erfüllen. Entsprechendes gilt, wenn X, Y und Z sich verpflichten, gemeinsam andere Wettbewerbshandlungen [2] zu koordinieren (andere Kartellverträge schließen), zum Beispiel Produktion oder Absatz von w regeln, die Qualität von w bestimmen oder Art und Umfang ihrer Werbemaßnahmen festsetzen.

Die gleichen Wirkungen - Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Markt für w durch Bindung von Preis, Produktion oder Absatz, Qualität oder Werbung - erreichen X, Y und Z, wenn sie sich nicht nur verpflichten, einzelne oder mehrer ihrer Wettbewerbshandlungen zu koordinieren, sondern wenn sie jeden zwischen ihnen bezüglich Produktion oder Absatz von w bestehenden Wettbe-

---

1) Vgl. §§ 340, 341, 353 AktG.

2) Die Verwendung des Ausdrucks "Wettbewerbshandlungen" zur Kennzeichnung des Oberbegriffs für die jedem Wettbewerber zukommenden Handlungsmöglichkeiten, die typischerweise geeignet sind, den Geschäftserfolg von Wettbewerbern spürbar zu beeinflussen, ist allgemein üblich, vgl. etwa BÖHM, Monopolkampf, S. 65. Die Konkretisierung des Begriffs ist teilweise streitig, eingehend hierzu SANDROCK, Grundbegriffe, S. 152 ff., 177 ff., 189.

(1.10) werb dadurch beseitigen, daß sie sich durch Verschmelzung [3] zur XYZ-AG zusammenschließen.

Werden die Voraussetzungen für Wettbewerbsbeschränkungen durch Kartellverträge geschaffen, deren Erfüllung geeignet ist, die Marktverhältnisse zu beeinflussen (das ist im gewählten Beispiel jedenfalls dann der Fall, wenn X, Y und Z die einzigen Anbieter auf dem oligopolistischen Markt für w sind [4]), so sind die Verträge nach geltendem deutschen Recht unwirksam, das heißt die Vertragsparteien sind zu einer Erfüllung dieser Verträge nicht verpflichtet, weil die Verträge die Tatbestandsmerkmale des § 1 Abs. 1 GWB erfüllen. Das gilt nach völlig unbestrittener Meinung auch dann, wenn die Verpflichtung begründet wird, nicht nur einzelne Wettbewerbshandlungen, sondern nahezu alle den Vertragsparteien möglichen Wettbewerbshandlungen zu koordinieren, z. B. insgesamt geregelt werden sollen die Preise, die Gewährung von Rabatten, die Einräumung von Zahlungsfristen, die anzubietenden Mengen, die Qualität usw. bis hin zur höchsten Stufe der Kartellierung, dem Absatzkartell (Syndikat), dessen Mitglieder im äußersten Fall vertraglich gebunden sein können, keine eigenen Absatzorganisationen mehr zu unterhalten, sondern ihren Absatz durch eine gemeinsame Absatzorganisation zentral steuern zu lassen [5], sei es, daß sie zu diesem Zweck ihren Absatz von einem Dritten ausfüh-

---

3) Zum Beispiel nach § 353 AktG, wenn sich mehr als zwei Aktiengesellschaften durch Verschmelzung gleichzeitig zusammenschließen wollen, WÜRDINGER, Aktienrecht, S. 232.

4) Wann eine Wettbewerbsbeschränkung geeignet ist, "die Erzeugung oder die Marktverhältnisse zu beeinflussen", ist ausführlich erörtert und umstritten, vgl. die Nachweise bei SANDROCK, aaO., S. 268 ff. Es besteht aber Einigkeit darüber, daß unter den im Text genannten Umständen das Tatbestandsmerkmal erfüllt ist, SANDROCK, aaO., S. 291.

(1.10) ren lassen, sei es, daß sie selbst eine Verkaufsgesellschaft gründen.

Die vertragliche Verfolgung des gemeinsamen Zwecks "Koordination von Wettbewerbshandlungen zwischen Wettbewerbern", das heißt der Abschluß von Gesellschaftsverträgen und damit die Gründung von Gesellschaften zwischen Wettbewerbern, die die Koordination von Wettbewerbshandlungen zum Gegenstand haben, wird also vom deutschen Recht regelmäßig [6] nicht als zulässiger Inhalt privatautonomer Gestaltung angesehen.

1.11 Danach liegt die Annahme nahe, das Verbot des § 1 Abs. 1 GWB [7] betreffe selbstverständlich auch einen Verschmelzungsvertrag zwischen X, Y und Z. Für diese Annahme ließe sich wie folgt argumentieren:

Der Verschmelzungsvertrag führe wie der "normale" Kartellvertrag zur Gründung einer Gesellschaft zwischen Wettbewerbern, die die Koordination von Wettbewerbshandlungen zum Gegenstand habe. Allerdings sei er nicht auf die Koordination beschränkt und mache diese auch nicht nur zum Gegenstand einer Verpflichtung. Vielmehr

---

5) Solche auf die Gründung von Syndikaten zielenden Verträge können nach Maßgabe von §§ 5 ff. GWB wirksam vereinbart werden.

6) Ausnahmen sind §§ 2 - 8 GWB vorgesehen.

7) Üblicherweise bezeichnet man den Rechtssatz des § 1 GWB als Kartellverbot, vgl. etwa ULRICH HUBER, ZHR 1968, S. 194 und passim; SANDROCK, Grundbegriffe, S. 272 bei Anm. 156; ROSENTHAL, S. 11 und passim. Diese Terminologie ist unbedenklich, wenn "Verbot" im Sinne von § 134 BGB verstanden wird und nicht als die einer Strafbestimmung zu entnehmende "Norm" im Sinne BINDINGS. Bedenklich daher SANDROCK, aaO., der die Terminologie damit begründet, die Vorschrift müsse im Zusammenhang mit den Ordnungswidrigkeitsbestimmungen der §§ 38 ff. GWB gesehen werden. Zu der damit zusammenhängende "Rechtssicherheitsproblematik" s. unten Anm. 167, vorläufig zur Exemplifizierung mancher Mißverständnisse GÜNTHER, Rückblick und Ausblick, S. 14.

(1.11) werde die Koordination beim Verschmelzungsvertrag dadurch erreicht, daß die Möglichkeit zur Vornahme von Wettbewerbshandlungen für (die Organe von) X, Y und Z dadurch ausgeschlossen werde, daß alle X, Y und Z bisher einzeln zustehenden subjektiven Rechte, die die Vornahme von Wettbewerbshandlungen überhaupt erst ermöglichten, auf die XYZ-AG übertragen werden. Diese Unterschiede zwischen "normalen" Kartellverträgen und Verschmelzungsverträgen dürften jedoch keine Verschiedenheiten in der Geltung des Verbots für beide Vertragsarten begründen. Das ergebe sich aus zwei argumenta a fortiori: Erstens müsse, wenn schon die sich aus einer Gesellschaftsgründung ergebende Verpflichtung zur Koordination von Wettbewerbshandlungen zur Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrages führe, erst recht ein Gesellschaftsvertrag unwirksam sein, dessen Durchführung nicht nur eine Verpflichtung der Gesellschafter zur Koordination von Wettbewerbshandlungen bewirke, sondern den Gesellschaftern überhaupt jede Möglichkeit nehme, in Zukunft als Wettbewerber aufzutreten. Die Geltung der Rechtsfolge "Unwirksamkeit" für Verschmelzungsverträge zwischen Wettbewerbern sei zweitens ohne Rücksicht auf die Unterscheidung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft mit der Erwägung zu begründen, daß, wenn schon die Koordination von Wettbewerbshandlungen allein unwirksam sei, dies erst recht gelten müsse, wenn nicht nur die Wettbewerbshandlungen, sondern darüberhinaus alle sonstigen nicht unmittelbar eine Wettbewerbssituation betreffenden Handlungen (z.B. Maßnahmen der Kapitalbeschaffung, der sozialen Vorsorge für Arbeitnehmer, Festlegung von Dienstzeiten, Abgrenzung innerbetrieblicher Zuständigkeiten) vertraglich vergemeinschaftet würden. Zur Unterstützung beider Argumente könne weiter darauf verwiesen werden, daß "normale" Kartellverträge in aller Regel leichter rückgängig zu machen seien als Verschmelzungsverträge, eine durch Verschmelzungsverträge bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

(1.11) also viel endgültiger sei als eine durch "normale" Kartellverträge herbeigeführte [8].

1.12 Trotzdem ist es nahezu einhellige Ansicht, daß das Verbot des § 1 GWB nicht gilt, wenn ceteris paribus X, Y und Z sich nicht nur zur Koordination einzelner oder aller ihrer Wettbewerbshandlungen verpflichten, sondern mehr tun, nämlich außer den Wettbewerbshandlungen ihre sonstigen Aktionsberechtigungen und ihre Vermögensberechtigungen [9] vergemeinschaften, indem sie sich zur XYZ-AG zusammenschließen [10]. Rechtsgeschäfte, die zur Vorbereitung und Durchführung eines solchen Zusammenschlusses nötig sind, "Vereinbarungen, die die Verschmelzung zum Gegenstand haben" [11], und der Akt der Verschmelzung selbst sind nach dieser Ansicht von dem Verbot des § 1 GWB nicht betroffen, sie sind keine "Kartellverträge".

1.13 Das Verbot des § 1 Abs. 1 GWB lautet (soweit hier von Interesse [12]):

> "Verträge, die Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schließen, sind unwirksam, soweit

---

8) Kartellverträge sind in aller Regel befristet, jedenfalls aus wichtigem Grund kündbar (vgl. § 13 Abs. 2 GWB), wobei die Kartellmitglieder zumindest bei Kartellen niedriger Organisationsstufe ohne große praktische Schwierigkeiten aus dem Kartellverband ausscheiden können, MESTMÄCKER, Betrieb 1968, S. 839 Sp. 1. Je umfassender die Kartellierung allerdings ist, desto riskanter wird auch bei Kartellverträgen eine Auflösung oder ein Ausscheiden, MESTMÄCKER, aaO.; MÜLLER-HENNEBERG im Gemeinschaftskommentar, Vorbem. 15 zu § 1.

9) Ausdrücke und Begriffe nach JÜRGEN SCHMIDT, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, insbes. S. 53 ff.

10) So BARTHOLOMEYCZIK im Gemeinschaftskommentar Vorbem. 2 zu §§ 22 - 24; DERINGER/HERRMANN, BB 1966, S. 1163 Sp. 1; FIKENTSCHER, Interessengemeinschaft, S. 32; ders., Unternehmenskonzentration, S. 161;

(1.13) sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen."

Man kann den allgemein anerkannten Inhalt dieses Rechtssatzes auch wie folgt ausdrücken: "Als Kartellverträge sind unwirksam Gesellschaftsverträge oder gesellschaftsähnliche Verträge von Unternehmen, die geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen."

1.14 Vergleicht man die Sachverhaltsumstände einer Verschmelzung konkurrierender Aktiengesellschaften mit

---

(10)) ders., Systemfragen, S. 269; GÖTZ/RIEGER, JUS 1968, S. 393, Anm. 2; HARMS, S. 124, 130 und passim; HEFERMEHL GRuR 1966, S. 653; HEIMANN, S. 42 ff.; KARTTE WuW 1963, S. 566; KRONSTEIN, Internationale Kartelle, S. 507; LAUFKE, Filmwirtschaft, S. 48 Anm. 237; MESTMÄCKER, aaO., S. 838; MÖHRING, GRuR 1966, S. 648; MÜLLER-HENNEBERG, aaO., Vorbem. 1 zu § 1, S. 91; QUANTZ, S. 17; RINCK, JurJb Bd. 5, S. 129 ff.; RITTNER, WuW 1969, S. 69; TETZNER, Kartellrecht, S. 157 Anm. 2; TILMAN, S. 162 ff.; WINNEFELD, S. 100 ff.; aA. offenbar ROSENTHAL, S. 92 ff., 98 ff., der Fälle als unwirksame Kartellverträge qualifiziert, die als Fusionssachverhalte zu beurteilen sind. Im Sinne der herrschenden Lehre auch BGH WuW/E 486, 493 (Spar), wo ohne weiteres von der Wirksamkeit eines Fusionsvertrages ausgegangen wird.

11) BGH WuW/E 364.

12) Die im Gesetzeswortlaut enthaltenen Erwähnungen von "Vereinigungen von Unternehmen" sind hier weggelassen. Die gesetzliche Erwähnung ist für Verträge überflüssig, da Verträge von Vereinigungen auch ohne sie vom Verbot erfaßt würden (vgl. MÜLLER-HENNEBERG, aaO., § 1 Anm. 8). Die Erstrekkung des Verbots auf Beschlüsse von Vereinigungen betrifft Fallgestaltungen, die für unsere Untersuchung ohne Bedeutung sind (wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen von Kammern, Verbänden u.ä.).

(1.14) den Tatbestandsmerkmalen des Kartellverbots, so ist die unterschiedliche Behandlung der Vergemeinschaftung von Wettbewerbshandlungen durch Kartellvertrag einerseits und durch Verschmelzungsvertrag andererseits nicht einsichtig. Eine unbefangene Auslegung des Kartellverbots muß vielmehr den Schluß nahelegen, sowohl Kartellverträge wie Verschmelzungsverträge seien geeignet, den Tatbestand des Rechtssatzes zu erfüllen: sowohl der Kartellvertrag wie der Verschmelzungsvertrag zwischen X, Y und Z scheinen Gesellschaftsverträge von Unternehmen zu sein, die - da X, Y und Z Oligopolisten sind - die Erzeugung und die Marktverhältnisse für den Verkehr mit w beeinflussen, indem sie den Wettbewerb zwischen den Aktiengesellschaften X, Y und Z beschränken bzw. beseitigen. Schon diese vorläufige Subsumtion zeigt, daß die unterschiedliche Behandlung von Kartellvertrag und Verschmelzungsvertrag problematisch ist und der Begründung bedarf.

1.20 Die skizzierte Problematik ist nicht auf das Verhältnis von Kartellvertrag und Verschmelzungsvertrag beschränkt. Der Zusammenschluß von Wettbewerbern, der über die Vergemeinschaftung von Wettbewerbshandlungen hinausgeht und die für Produktion und Absatz einer oder mehrerer Waren bedeutsamen sonstigen Aktionsberechtigungen und Vermögensberechtigungen der sich zusammenschließenden Wettbewerber erfaßt, ist keine auf Aktiengesellschaften begrenzte und keine an die Rechtsform des Verschmelzungsvertrages gebundene Erscheinung. Aktiengesellschaften können sich auch zu einer offenen Handelsgesellschaft zusammenschließen [13], die die gesamten bisher getrennten Tätigkeitsbereiche der Aktien-

---

13) Das war und ist streitig, vgl. HUECK, OHG, S. 15 ff.; SCHLEGELBERGER-GEßLER, HGB, § 105 Anm. 25; seit RGZ 105, 101 ff. ist der Streit für die Praxis im Sinne der Zulässigkeit des Zusammenschlusses von Kapitalgesellschaften zu einer Personalgesellschaft erledigt.

(1.20) gesellschaften umfaßt. Die Wirkungen eines Verschmelzungsvertrags können Gesellschaften mit beschränkter Haftung dadurch herbeiführen, daß eine Gesellschaft ihr Stammkapital erhöht [14] und sich dann das Vermögen anderer Gesellschaften nach den Bestimmungen des Umwandlungsgesetzes [15] übertragen läßt. Gesellschaften mit beschränkter Haftung können sich ebenso wie Aktiengesellschaften zu einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft zusammenschliessen [16]. Schließlich können sich mehrere natürliche Personen, die als Wettbewerber am Marktgeschehen teilnehmen und nicht in Gesellschaften organisiert sind, ihrerseits zur Vergemeinschaftung aller ihrer für die Teilnahme am Markt relevanten subjektiven Rechte durch Gesellschaftsgründung entschließen.

1.21 Alle erwähnten Gesellschaftsgründungen, die nur beispielhaft ausgewählt sind, können ebenso wie Gesellschaftsgründungen durch Verschmelzungsverträge die Wirkungen von Kartellverträgen haben. Ihnen kommt ebenso wie Gesellschaftsgründungen durch Verschmel-

---

14) Vgl. § 55 GmbHG.

15) Dieser Weg ist möglich nach Maßgabe und unter den Voraussetzungen der §§ 24, 15 UmwG, vgl. BÖTTCHER/MEILICKE, Umwandlung, Einführung Anm. 12 (S. 45); wohl auch WIDMANN/MAYER, Umwandlungsrecht, Anm. 12aa). Weder das AktG noch das GmbHG enthalten sonstige Vorschriften, nach denen eine Verschmelzung mehrerer Gesellschaften mit beschränkter Haftung auf andere Weise möglich wäre. Wirtschaftlich läßt sich das gleiche Ergebnis neben dem bereits aufgezeigten Weg über die §§ 24, 15 UmwG auch dadurch erreichen, daß die zu verschmelzende (aufzulösende) Gesellschaft ihr Vermögen auf die verschmelzende (aufnehmende) Gesellschaft überträgt und alsdann den Kaufpreis (der auch in durch Kapitalerhöhung gewonnenen Anteilen an der verschmelzenden Gesellschaft bestehen kann) verteilt.

16) Siehe Anm. 13.

(1.21) zungsverträge die Eigenschaft zu, nicht nur Wettbewerbshandlungen zu vergemeinschaften, sondern die gesamten subjektiven Rechte von Wettbewerbern, die ein Auftreten als Wettbewerber überhaupt erst ermöglichen. Diese Gesellschaftsgründungen sind gemeint, wenn im folgenden der Ausdruck "Fusion" oder "Fusionsvertrag" verwendet wird [17].

1.22 Wer - wie die erwähnte [18], ganz herrschende Lehre - die Verschmelzung konkurrierender Aktiengesellschaften vom Kartellverbot ausnimmt, der muß für die erwähnten anderen Gesellschaftsgründungen das Gleiche annehmen. Die Zufälligkeit der Rechtsform der an einer solchen Gesellschaftsgründung beteiligten Wettbewerber kann die Lösung des Problems, ob diese Gesellschaftsgründungen deshalb unwirksam sind, weil sie den Wettbewerb beschränken, so wenig berühren, wie die Zufälligkeit der Rechtsform der Gesellschaft, zu der sich die Wettbewerber zusammenschließen. Konkret: in unserem Beispielsfall [19] muß die kartellrechtliche Beurteilung der Fusion immer die gleiche sein, sei es, daß X, Y und Z natürliche Personen sind, sei es, daß sie sich zu einer Personalgesellschaft, sei es, daß sie sich zu einer Kapitalgesellschaft zusammenschließen.

---

17) Die Verwendung der Ausdrücke "Fusion" bzw. "Fusionsvertrag" in dem geschilderten Sinn liegt wegen der Funktionsgleichheit von Verschmelzungsverträgen mit sonstigen Verschmelzungsvorgängen von Unternehmen nahe. Der Ausdruck "Zusammenschluß" wird in Übereinstimmung mit der im Schrifttum herrschenden Übung - vgl. z.B. BARTHOLOMEYCZIK im Gemeinschaftskommentar, Vorbem. 3 zu §§ 22 - 24; MÖHRING, GRuR 1966, S. 645, 646 und passim - zur Kennzeichnung aller Arten unternehmerischer Kooperation verwendet, also zur Kennzeichnung des Oberbegriffes für Unternehmensverbindungen überhaupt.

18) In Anm. 10.

19) Seite 1.

1.230 Die Gleichbehandlung der verschiedenen möglichen rechtlichen Formen von Fusionen scheint freilich in der Diskussion um die Grenzen der Anwendung des Kartellverbots nicht als eine Selbstverständlichkeit angesehen zu werden.

1.231 Einmal werden die Fälle der Fusion von Kapitalgesellschaften regelmäßig als Problem des Konzernrechts behandelt und damit als Vorfrage des Problems erörtert, ob konzernbildende Verträge zwischen Wettbewerbern unwirksame Kartellverträge sein können [20]. Die Fusion von Wettbewerbern, die natürliche Personen sind, wird in diesem Zusammenhang nicht bedacht: "Fusion" [21] oder "Zusammenschluß" [22] werden vielmehr in einer Weise gebraucht, die zu dem Schluß zwingt, daß nur die Fusion von Kapitalgesellschaften gemeint sein kann. Diese Beschränkung des Problems mag statistisch naheliegen, weil die für die Volkswirtschaft bedeutendsten Anbieter und Nachfrager als Kapitalgesellschaften organisiert sind; sie mag einer Tradition der deutschen Rechtswissenschaft entsprechen, den durch die Ausbildung des Rechts der Kapitalgesellschaften eröffneten Formenreichtum als Konzernrecht zum Gegen-

---

20) Vgl. GÖTZ/RIEGER, KARTTE, LAUFKE, FIKENTSCHER, Interessengemeinschaft, MÖHRING, alle wie in Anm. 10; ULRICH HUBER ZHR 1968, S. 194 ff.

21) Vgl. MÖHRING, aaO.

22) Vgl. FIKENTSCHER, GÖTZ/RIEGER, LAUFKE, alle wie in Anm. 20.

(1.231) stand eingehender Erörterungen zu machen [23] - sachlich begründet ist sie nicht.

1.232 Ohne die Parallele zur Fusion von Kapitalgesellschaften deutlich zu machen, wird andererseits eingehend diskutiert, ob das Kartellverbot das gesetzliche Wettbewerbsverbot für die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft bzw. einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (§§ 112, 113, 165 HGB, 284 AktG) berührt [24]. Die Vorfrage aber, ob nicht schon die Fusion von Wettbewerbern zu einer Personalgesellschaft den Tatbestand des Kartellverbots erfüllt, wird nicht gestellt, die Wirksamkeit solcher

---

23) Bezeichnend die Ausführungen bei HAUSSMANN, Unternehmenszusammenfassungen, S. 2: "Wenn hierbei im Nachstehenden nicht selten auf die Konzerne exemplifiziert wird, so geschieht dies nicht sowohl, weil sich wirtschaftlich der Konzern als ein hervorstechender Typus der Wirtschaftsentwicklung darstellt, als vielmehr, weil in dem komplizierten Gebilde des modernen Großkonzerns sich der größte Teil der Formen typisch vereinigt, welche auch im einzelnen bei mittleren, auch kleineren Betrieben, der rechtlichen Zusammenfassung dienen. So wenig man es als erschöpfende oder auch nur zutreffende Behauptung ansehen könnte, gerade nur in den Konzernen die Verkörperung der modernen Unternehmenszusammenfassungen zu sehen, als Anschauungsbild, das die verschiedenen Formen der modernen Unternehmenszusammenfassungen typisch und charakteristisch in sich zu vereinfachen pflegt, erscheinen die Gebilde der Konzerne unentbehrlich und damit auch als Ausgangspunkt der Betrachtung geeignet." Ähnlich RASCH, Konzernrecht, S. 19.

24) Über den Meinungsstand unterrichtet umfassend KARDARAS, S. 121 ff.; aus dem neueren Schrifttum vgl. WÜRDINGER, WuW 1969, 143 ff.

(1.232) Fusionen also stillschweigend vorausgesetzt [25]. Unerwähnt bleibt auch in aller Regel die Fusion natürlicher Personen zu einer Kapitalgesellschaft [26].

1.24 Die geschilderte unsystematische Behandlung der Probleme, die Fusionen im Hinblick auf das Kartellverbot aufwerfen, kann nicht damit gerechtfertigt werden, daß die verschiedenen Formen der Fusion von Wettbewerbern im Hinblick auf das Kartellverbot unterschiedlich zu beurteilen seien. Der Zwang zur Gleichbehandlung ergibt sich für das geltende deutsche Recht daraus, daß die erwähnten rechtlich zulässigen Formen von Gesellschaftsgründungen im Prinzip beliebig austauschbar sind. Das Vermögen jeder Kapitalgesellschaft kann durch "Umwandlung" an eine Personalgesellschaft des Handelsrechts [27] oder an eine natürliche Person [28] übertragen werden. Umgekehrt kann jede natürliche Person ihr Vermögen in einer Kapitalgesellschaft organisieren, zum Beispiel durch Strohmanngründungen [29]. Würde also das Kartellverbot allein für die Verschmelzung konkurrierender Kapitalgesellschaften nicht gelten, so wäre

---

25) Bezeichnend etwa KARDARAS, S. 141 ff., wobei Prüfung der Rechtsfolge des § 1 GWB im Hinblick auf einen wettbewerbsbeschränkenden Gesellschaftsvertrag, der auf die Gründung einer Personalgesellschaft des Handelsrechts zielt, nicht einmal die Frage nach dem Schicksal des Vertrages insgesamt gestellt wird; oder ROSENTHAL, S. 8, 95, der im Hinblick auf die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln § 139 BGB erörtert. Das Problem wird allerdings gesehen von HEIMANN, S. 41 ff. und QUANTZ, S. 73 ff.

26) Soweit ersichtlich erwähnt nur QUANTZ, S. 8, diese Möglichkeit, allerdings beiläufig und nur deshalb, weil die Gesellschafter einer GmbH verpflichtet sein können, analog §§ 112, 113 HGB der Gesellschaft keine Konkurrenz zu machen.

27) Nach §§ 16 ff., 24 UmwG.

28) Nach §§ 15, 24 UmwG.

29) Strohmanngründungen werden von der Praxis allgemein zugelassen, statt aller ULRICH HUBER, JurA 1970, S. 792 f.m.w. Nachw.

(1.24) es natürlichen Personen oder Personalgesellschaften, die sich zusammenschließen wollen, jederzeit möglich, sich zuerst als Kapitalgesellschaften zu organisieren, dann den Zusammenschluß in der Form der Verschmelzung durchzuführen und die durch den Zusammenschluß entstandene Kapitalgesellschaft anschließend wieder in eine Personalgesellschaft umzuwandeln. Wäre umgekehrt allein der Zusammenschluß zu Personalgesellschaften kartellrechtlich unbedenklich, so könnte das Ergebnis einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften auf dem Umweg über zwei Umwandlungen ebenfalls erreicht werden.
Die beschriebenen Umwege würden zwar unter Umständen erhebliche Unkosten verursachen. Das ändert aber nichts an der Tatsache, daß nach geltendem deutschen Recht jede unterschiedliche Geltung des Kartellverbots für die verschiedenen möglichen Formen von Gesellschaftsgründungen umgangen werden könnte. Eine unterschiedliche Beurteilung der rechtlichen Formen von Gesellschaftsgründungen unter dem Gesichtspunkt des Kartellverbots könnte daher nur dazu führen, daß bestimmte Gesellschaftsformen bevorzugte Anwendung fänden. Da Gesellschaftsgründungen zwischen Wettbewerbern einen geringeren Teil aller Gesellschaftsgründungen ausmachen, wäre die unterschiedliche Anwendung des Kartellverbots ein völlig untaugliches Mittel, erwünschte Präferenzen hinsichtlich der Wahl von Gesellschaftsformen durchzusetzen. Die Auslegung des Kartellverbots muß daher für alle Formen von Fusionen so lange die gleiche sein, wie die Rechtsordnung die beliebige Austauschbarkeit dieser Formen zuläßt. Erst wenn die Rechtsordnung die Zulässigkeit einzelner Formen von Gesellschaftsverträgen auf bestimmte Sachverhalte begrenzte (zum Beispiel die Gründung von Personalgesellschaften nur für die Vergemeinschaftung von subjektiven Rechten bestimmter Qualität oder Quantität zuließe), könnte das Kartellverbot für verschiedene Formen von Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern verschieden ausgelegt werden.

1.25 Die Notwendigkeit der Gleichbehandlung der verschiedenen Formen von Fusionen schließt die Argumentation aus, einzelne Tatbestandsmerkmale des Kartellverbots würden nur durch einzelne Formen von Fusionen zwischen Wettbewerbern erfüllt. Eine solche Argumentation liegt (allerdings nicht ausdrücklich) der Behauptung zugrunde [30], Verschmelzungsverträge seien als Verträge eigener Art (Organisationsverträge [31]) keine Verträge zu einem gemeinsamen Zweck und würden deshalb vom Kartellverbot nicht erfaßt [32].

1.26 Die Notwendigkeit, die verschiedenen Formen von Fusionen im Hinblick auf das Kartellverbot gleich zu behandeln, zwingt dazu, die allein für das Verhältnis des Verschmelzungsvertrages zum Kartellvertrag ausdrücklich vertretene Ansicht [33] auf alle Fusionen zu erstrecken. Danach ist davon auszugehen, daß nach allgemeiner Ansicht Fusionsverträge nicht vom Kartellverbot erfaßt werden.

---

30) HEFERMEHL, Beurteilung von Fusionen, S. 776 f.; KARTTE, WuW 1963, S. 566 Anm. 4; TILLMANN, S. 162 f.; WÜRDINGER, WuW 1961, S. 747 f.; wohl auch KRAUSE, S. 55.

31) Vgl. hierzu KRAUSE, insbes. S. 16 ff.; OKKO MÜLLER, insbes. S. 93 ff.; WÜRDINGER, Aktienrecht, S. 225 f.

32) Im Ergebnis und teilweise in der Begründung ebenso BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 Anm. 18; HELD, S. 24 ff., 32; KLEIM, S. 28.

33) Siehe oben bei Anm. 10.

2 Die unterschiedliche Behandlung von Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern und (sonstigen?) Kartellverträgen als Problem

2.10 Eine unterschiedliche Behandlung von Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern und (sonstigen?) Kartellverträgen sehen auch die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages (Art. 85 ff EWG-Vertrag) vor [34], doch bietet hier diese Differenzierung kein Problem. Bei Vereinbarung des EWG-Vertrages waren die Bestimmungen des EGKS-Vertrages den Vertragsschließenden bekannt. Die Art. 85, 86 EWG-Vertrag stimmen teilweise wörtlich mit den entsprechenden Bestimmungen des EGKS-Vertrages (Art. 65, 66 EGKS-Vertrag) überein. In Art. 66 § 1 EGKS-Vertrag war eine Genehmigungspflicht für alle Arten von Unternehmenszusammenschlüssen sowie die Möglichkeit von Entflechtungsmaßnahmen vorgesehen. Art. 85, 86 EWG-Vertrag enthalten keine vergleichbare Regelung. Es lag deshalb nahe, die Bedeutung der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages für Unternehmenszusammenschlüsse zu untersuchen. Die Ergebnisse dieser Untersuchung sind eindeutig: es ist nahezu einhellige Ansicht, daß Fusionen und Konzernbildungen nicht nach Art. 85 EWG-Vertrag unwirksam sind [35], sondern sich höchstens als mißbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 86 EWG-Vertrag darstellen [36].

2.11 Diese Ergebnisse lassen sich unmittelbar aus dem Text der förmlichen Rechtsquelle ableiten. Der EWG-Vertrag

---

34) Siehe dazu FIKENTSCHER, Systemfragen, S. 269 ff.; HEFERMEHL, Beurteilung von Fusionen, S. 771 ff.; MESTMÄCKER, Unternehmenszusammenschlüsse, S. 322 ff.

35) FIKENTSCHER, aaO., S. 270 ff.; HEFERMEHL, aaO., S. 777 ff. mit Hinweis auf eine abweichende Stellungnahme.

36) So insbes. MESTMÄCKER, aaO., S. 330 ff.

(2.11) enthält in Art. 85 Abs. 1 eine dem § 1 GWB vergleichbare Regelung [37], daneben aber Rechtssätze, aus denen sich zwingend ergibt, daß Fusionsverträge und konzernbildende Verträge zwischen Wettbewerbern nicht von Art. 85 Abs. 1 betroffen werden. So setzt Art. 85 Abs. 3 lit. b EWG-Vertrag den Fortbestand der vertragsschließenden Wettbewerber als selbständige Marktteilnehmer voraus: Ausnahmen vom Grundsatz des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen werden nur zugelassen, wenn sichergestellt ist, daß für die von der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung betroffenen Waren zwischen den an der Vereinbarung beteiligten Wettbewerbern der Wettbewerb nicht ausgeschaltet wird [38]. Außerdem läßt sich aus der unterschiedlichen Formulierung von Art. 85 EWG-Vertrag und Art. 65, 66 EGKS-Vertrag schließen, daß Unternehmenszusammenschlüsse nach dem Willen der Vertragsparteien von Art. 85 EWG-Vertrag nicht betroffen werden sollten. Die gesetzgebenden Organe der Mitgliedsstaaten sind nämlich bei der Ratifizierung des EWG-Vertrages davon ausgegangen, daß der EWG-Vertrag "im Gegensatz zum Montan-Vertrag (Art. 66) darauf (verzichtet), Zusammenschlüsse von Unternehmen einer vorherigen Genehmigung zu unterwerfen. Er begnügt sich damit, eine mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung zu verbieten ..." [39].

---

37) Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag lautet, soweit hier von Interesse: "Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten ... sind c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen, ...".

38) Vgl. insbesondere FIKENTSCHER, aaO., S. 273. Teilweise abweichend MESTMÄCKER, aaO., S. 328.

39) So ausdrücklich die Erläuterungen der Bundesregierung zu den Europäischen Verträgen in Anlage C zur Bundestagsdrucksache 3440 (2. Wahlperiode); vgl. hierzu HEFERMEHL, aaO., S. 782.

2.12 Nach dem EWG-Vertrag gilt demnach das Gleiche, was für das geltende deutsche Recht angenommen wird: die gegen "Kartellverträge" gerichtete Regelung (hier: § 1 GWB, dort: Art. 85 Abs. 1) erstreckt sich nicht auf "Fusionsverträge".

2.20 Läßt sich diese Differenzierung im Recht der EWG unmittelbar aus dem Text der förmlichen Rechtsquelle eindeutig ableiten, so ist für das geltende deutsche Recht problematisch, aus welchen Rechtssätzen sich die Differenzierung ergibt. Gesetzliche Bestimmungen, die eine unterschiedliche Behandlung von Fusionsverträgen ausdrücklich anordnen, fehlen. Als Rechtssätze, aus denen die Geltung dieser Differenzierung abgeleitet werden könnte, kommen daher nur Bestimmungen in Betracht, die diese Differenzierung insofern voraussetzen, als sie - zumindest teilweise - gegenstands- oder sinnlos würden, wenn diese Differenzierung nicht rechtens wäre. Es bedarf keiner näheren Darlegung, daß solche Bestimmungen, wenn es sie gibt, dem Kartellverbot vorgehen (= das Konkurrenzproblem durch Nichtgeltung von § 1 GWB gelöst werden muß), auch wenn sie nicht höheren Ranges oder späteren Datums sind als § 1 GWB.

2.210 Daß Rechtssätze des Verfassungsrechts § 1 GWB nicht entgegenstehen, ist heute allgemein anerkannt, wenn auch die Begründungen schwanken [40]. Es bleibt jedoch die Frage, ob der Gesetzgeber nicht durch Rechtssätze des Verfassungsrechts gehindert ist, durch einfaches Gesetz Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern die Wirksamkeit zu versagen.

---

40) Vgl. etwa FIKENTSCHER, Rechtsschutz, S. 77 ff.; ders. Unternehmenskonzentration, S. 160; NIPPERDEY, Soziale Marktwirtschaft, S. 44; RIEGER, S. 70 ff.; SEEGERS, S. 109 ff.

2.211 Es wird - wenn auch vereinzelt - die Ansicht vertreten [41], ein Gesetz, das das Zustandekommen von Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern hindere, verstosse gegen Artikel 14 GG, weshalb § 1 GWB verfassungskonform dahin auszulegen sei, daß sich sein Regelungsbereich nicht auf Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern erstrecke; ein Verbot solcher Fusionsverträge stelle einen so starken Eingriff in die Verfügungsfreiheit der Inhaber eines Unternehmens dar, daß es nicht mehr von der Sozialbindung des Artikels 14 Absatz 2 Satz 2 GG gedeckt sei.

2.212 Diese Argumentation, die ähnlich auch zu Artikel 2 GG (Vertragsfreiheit [42]) oder Artikel 12 GG (Freiheit der Berufsausübung) möglich wäre, läßt die Frage offen, warum nach dem Grundgesetz die Kooperation durch Kartellvertrag untersagt werden kann, wenn die Kooperation durch Fusionsvertrag erlaubt werden muß. Für eine solche Differenzierung könnte allenfalls das psychologische Argument vorgebracht werden, Wettbewerber seien zwar verhältnismäßig leicht geneigt, einen Kartellvertrag zu vereinbaren, hingegen zum Abschluß von Fusionsverträgen wegen der weitergehenden organisatorischen Verflechtung nur im wirklichen Notfall bereit; m.a.W.: Wettbewerbsbeschränkungen durch Fusionsverträge kämen in der Regel nur zustande, wenn die wirtschaftliche Lage tatsächlich eine Beschränkung des Wettbewerbs erfordere. Dieses Argument scheitert aber schon daran, daß dann nur die "notwendigen" Fusionsverträge grundgesetzlich gegen § 1 GWB gewährleistet wären (nicht - wie die Ausgangsthese meint - schlechthin alle) und daß für solche Notfälle § 8 GWB eine Möglichkeit eröffnet, Verträge im Sinne des § 1 GWB ausnahmsweise wirksam vereinbaren zu können.

---

41) Von TILMANN, S. 163 f.

42) Unstreitig Schutzgegenstand von Artikel 2 GG; vgl. statt aller: GÜNTHER, Betrieb 1969, S. 25 f.

2.220 Viel weiter verbreitet ist die Auffassung, daß Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern nicht vom Kartellverbot betroffen seien, sei schon in § 22 ff. a.F. GWB vorausgesetzt gewesen, wo der Zusammenschluß von Unternehmen durch Fusion oder Konzernbildung [43] angesprochen und einer Anzeigepflicht und möglicherweise Sanktionen (§ 22 Abs. 4 GWB a.F.) unterworfen war. Diese Auffassung sah also diese Bestimmungen als erschöpfende Regelung der kartellrechtlichen Problematik der Fusionsverträge [44] an. In die gleiche Richtung zielte die Meinung, aus der Bedeutung des § 23 GWB a.F. für das System des GWB und aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergebe sich, daß § 1 GWB Fusionen und konzernbildende Verträge nicht berühre [45].

2.221 Diese Argumentation wäre nur dann überzeugend gewesen, wenn § 23 GWB a.F. alle Fälle von Fusionsverträgen betroffen und seinen Sinn verloren hätte, falls solche Verträge nicht nur die in ihm statuierte Rechtsfolge (Anzeigepflicht), sondern auch die Rechtsfolge von § 1 GWB (Unwirksamkeit) gehabt hätten.

2.222 Der Argumentation stand nicht entgegen, daß §§ 22 ff. GWB nur Unternehmen treffen, die über eine bestimmte Mindestgröße hinausgehen [46], denn diese Einschränkung

---

43) Vgl. insbesondere § 23 Absatz 2 Nr. 1 und Nr. 5 GWB.

44) So AXMANN, WuW 1963, S. 999; BARTHOLOMEYCZIK, im Gemeinschaftskommentar, §§ 23, 24 Anm. 22; HEFERMEHL, Beurteilung von Fusionen, S. 774; MÖHRING, GRuR 1966, S. 647 Sp. 2; RASCH, WuW 1961, S. 79; TILMANN, S. 161 f.; BGHZ 31. 105, 113 = BGH WuW/E 359 (Gasglühkörper) mit auch insoweit zustimmender Anmerkung von FIKENTSCHER, WuW/E BGH 368.

45) Vgl. DERINGER/HERRMANN, BB 1966, S. 1163 f.; FIKENTSCHER, Interessengemeinschaft, S. 32.

46) Vgl. die in § 23 Absatz 1 Nr. 1, 2 GWB erwähnten Tatbestandsmerkmale.

(2.222) war nur für die durch §§ 22 ff. GWB a.F. auferlegte Belastung (Anzeigepflicht) von Bedeutung. War diese Regelung als abschließend in dem Sinne zu verstehen, daß § 1 GWB auf Fusionsverträge keine Anwendung findet, so konnte die Einschränkung keine Rolle spielen, weil die Befugnis, Fusionen einzugehen, die bedeutenden Marktteilnehmern eingeräumt ist, weniger bedeutenden Marktteilnehmern nicht vorenthalten werden kann.

2.223 Im übrigen war allgemein anerkannt, daß § 23 GWB a.F. alle Formen von Fusionen betraf [47]. Insoweit bestehen also gegen das erörterte Argument keine Einwände.

2.224 Es konnte jedoch nicht gesagt werden, daß § 23 GWB a.F. seinen Sinn verloren hätte, wenn Zusammenschlüsse von Wettbewerbern die Rechtsfolge des § 1 GWB haben. §§ 22 ff. GWB a.F. behielten zunächst in vollem Umfang ihre Bedeutung für alle Fälle vertraglicher vertikaler Integration, also für Zusammenschlüsse von Nichtwettbewerbern. Darüberhinaus war auch ein Nebeneinander der Rechtsfolgen von § 23 a.F. (Anzeigepflicht) und § 1 (Unwirksamkeit) nicht ohne Sinn. Die Anzeigepflicht ermöglichte es den Kartellbehörden vor Inkrafttreten der Fassung des GWB vom 3. Januar 1966, gegen die Parteien des Fusionsvertrages Maßnahmen nach § 24 GWB in der damaligen Fassung schon vor dem Zeitpunkt einzuleiten, zu dem die Parteien sich über die Unwirksamkeit des Vertrages hinwegsetzen, also vor dem Zeitpunkt, der für die Rechtsfolgen von § 38 Abs. 1 GWB bedeutsam ist. Aber auch nach der Fassung des GWB vom 3. Januar 1966 behielt die Anzeigepflicht für möglicherweise unwirksame Fusionsverträge zwischen

---

47) § 23 Absatz 2 Nr. 2 GWB; vgl. BARTHOLOMEYCZIK, aaO., Anm. 5; Frankfurter Kommentar, § 23 Tz. 13 ff.; RASCH-WESTRICK, §§ 23, 24 Anm. 6.

(2.224) Wettbewerbern ihre Bedeutung. Das ist unproblematisch, sofern man davon ausgeht, daß sich die Befugnisse der Kartellbehörden durch die Neufassung von § 22 Abs. 3 und Abs. 4 GWB im Hinblick auf Zusammenschlüsse nicht geändert hatten [48]. Aber auch dann, wenn man mit FIKENTSCHER [49] und möglicherweise in Übereinstimmung mit dem Wirtschaftsausschuß des Bundestages [50] der Ansicht ist, daß die Kartellbehörde gemäß § 22 Abs. 3 und 4 GWB a.F. vertragliche Unternehmenszusammenschlüsse für unwirksam erklären konnten, wenn die Zusammenschlüsse auf dem Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen beruhten [51], wäre die Anzeigepflicht neben der Unwirksamkeitsanordnung aus § 1 GWB noch bedeutsam gewesen. Sie hätte nämlich die Befugnisse der Kartellbehörde in Übereinstimmung mit der Rechtslage vor dem 3. Januar 1966 erweitert auf alle Fusionsverträge, die von nicht marktbeherrschenden Wettbewerbern abgeschlossen wurden oder durch die eine etwaige marktbeherrschende Stellung nicht mißbraucht worden wäre; in diesen Fällen hätten die Kartellbehörden die Möglichkeit gehabt, frühzeitig auf die Unwirksamkeit eines beab-

---

48) So BARTHOLOMEYCZIK im Nachtrag 1966 zum Gemeinschaftskommentar (Novelle 1965), §§ 23, 24 Anm. 1; RASCH, Konzernrecht, S. 324.

49) Interessengemeinschaft, S. 33 f.

50) Vgl. den im Nachtrag 1966 zum Gemeinschaftskommentar, S. 149, abgedruckten schriftlichen Bericht des Wirtschaftsausschusses (Drucksache IV/3533) zu § 22 GWB; in Absatz 4 des Berichtes wird ausdrücklich auf Art. 86 EWG-Vertrag Bezug genommen, eine Vorschrift, die nach - allerdings bestrittener - Ansicht gestattet, mißbräuchliche Zusammenschlüsse marktbeherrschender Unternehmen zu untersagen, vgl. FIKENTSCHER, Systemfragen, S. 275 ff.

51) Gegen eine solche Möglichkeit ausdrücklich RITTNER, WuW 1969, S. 69.

(2.224) sichtigten vertraglichen Zusammenschlusses hinzuweisen. Daß bei Zugrundelegung der Ansicht von FIKENTSCHER in einigen Fällen (nämlich bei Zusammenschlüssen marktbeherrschender Wettbewerber, die ihre Marktmacht bei dem Zusammenschluß mißbrauchen) Unwirksamkeit (Nichtigkeit) ipso iure nach § 1 GWB mit "Verbietbarkeit" (Vernichtbarkeit) nach § 22 Abs. 4 GWB konkurrierte, böte kein Gegenargument: diese Konsequenz wäre lediglich ein Beispiel mehr für Doppelwirkungen im Recht.

2.225 Die erörterte Argumentation ist daher nicht zwingend, §§ 22 ff GWB a.F. setzten nicht notwendig voraus, daß für Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern das Kartellverbot nicht gilt [52].

2.31 Aus den Gesetzesmaterialien, insbesondere aus dem Bericht des wirtschaftspolitischen Ausschusses des Deutschen Bundestages [53] ergibt sich allerdings eindeutig, daß die Mehrzahl der Mitglieder des Deutschen Bundestages bei der Verabschiedung des Gesetzes und bei seiner Novellierung [54] den Willen hatten, Fusionen nicht dem Verbot des § 1 GWB zu unterwerfen [55]. Dieser Wille hat zwar im GWB - anders als in

---

52) Ebenso KARTTE, WuW 1963, S. 567 f.; LÜBBING, S. 92; MIETHKE, S. 82 ff., 89 f.; QUANTZ, S. 79; WÜRDINGER, WuW 1961, S. 747 f.

53) Vgl. Bericht des wirtschaftspolitischen Ausschusses des Bundestages zu § 18 (jetzt § 23) GWB, Bundestagsdrucksache II/3644.

54) Vgl. Bericht des Wirtschaftsausschusses des 4. Bundestages (Drucksache IV/3533), abgedruckt im Nachtrag 1966 zum Gemeinschaftskommentar, insbes. ebenda S. 186 a.E.

55) Vgl. Bericht des Wirtschaftsausschusses, aaO., S. 186 Sp. 1: "Es bestand bei den Beratungen Übereinstimmung, daß weder Größe an sich noch Größe infolge von Zusammenschlüssen negativ zu beurteilen ist." Die Wirksamkeit von Zusammenschlüssen wird also als selbstverständlich vorausgesetzt.

(2.31) Artikel 85 EWG-Vertrag [56] - keinen Ausdruck gefunden, vielmehr bedarf weder der Wortlaut des § 1 GWB noch die Systematik des Gesetzes einer Korrektur, wenn man Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern als Sachverhalte, die den Tatbestand des Kartellverbotes erfüllen, qualifizieren will [57]. Gleichwohl läßt sich angesichts der Eindeutigkeit des Willens des historischen Gesetzgebers, Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern vom Kartellverbot auszunehmen, und angesichts der allgemeinen Billigung des Ergebnisses durch Rechtsprechung und Lehre ernsthaft nicht bestreiten, daß die Behauptung zutrifft, wettbewerbsbeschränkende Fusionsverträge erfüllten nach geltendem deutschen Recht nicht den Tatbestand des Kartellverbotes. Unzutreffend wäre es nur, diese Behauptung mit Inhalt und systematischer Bedeutung der §§ 22 ff. GWB zu rechtfertigen.

2.32 Dieses Ergebnis wird dadurch bestätigt, daß Bundestag und Bundesregierung für die beabsichtigte Sonderbehandlung der in § 23 GWB erwähnten Formen von Zusammenschlüssen keine materiale Begründung gegeben haben. Die Argumentation des wirtschaftspolitischen Ausschusses des zweiten Deutschen Bundestages lautete im wesentlichen [58]:
"Der Ausschuß ist nach reiflicher Überlegung zu dem Ergebnis gelangt, daß die Einführung

---

56) Vgl. zu RN 2.1.

57) Im Ergebnis ebenso KARTTE, aaO., S. 568; QUANTZ, S. 79 f. A.A. insbesondere FIKENTSCHER, Interessengemeinschaft, S. 23, 32.

58) Bundestagsdrucksache II/3644, zu § 18 (jetzt 23) GWB, S. 92.

(2.32) einer Erlaubnispflicht möglicherweise die vom volkswirtschaftlichen Standpunkt aus begrüßenswerten Tendenzen zur optimalen Betriebsgröße an ihrer vollen Entfaltung hindern könnte. Es erschien dem Ausschuß klar, auf diesem schwierigen Gebiet zunächst volle Übersicht zu gewinnen und eine bloße Anmeldepflicht bestimmter Zusammenschlüsse zu stipulieren." Ähnliche Überlegungen leiteten die Bundesregierung noch im Jahre 1965, als sie die Einführung einer Erlaubnispflicht für bestimmte Arten von Zusammenschlüssen ablehnte [59]: "Von der Anregung, bestimmte Zusammenschlüsse ... von der Zustimmung der Kartellbehörde abhängig zu machen oder etwa von der Möglichkeit, ein allgemeines Verbot der Monopolisierung vorzuschlagen, hat die Bundesregierung keinen Gebrauch gemacht .... Die Erfahrungen reichen noch nicht aus ...".

Diese Darlegungen begründen die beabsichtigte Differenzierung nicht, sondern sind lediglich Ausdruck der - vom historischen Gesetzgeber stets zu erhoffenden - Überzeugung, daß die beabsichtigte Regelung sachangemessen und gerecht sei.

2.330 Erst der Referentenentwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen [60] läßt den eindeutigen Schluß zu, daß Fusions-

---

59) Formulierung aus Bundestagsdrucksachen IV/617, S. 65 f. aus dem Jahre 1962 (Bericht der Bundesregierung über eine Änderung des GWB); inhaltlich gleichlautend die Begründung zum Regierungsentwurf der Novelle 1965 unter Ziffer II 4, abgedruckt im Nachtrag 1966 zum Gemeinschaftskommentar, S. 146 f.

60) Der Referentenentwurf, auf den hier und im Folgenden Bezug genommen wird, ist unter dem 20. März 1970 - Aktenzeichen I B 5 - 22 13 53 vom Bundesminister für Wirtschaft der Bundesregierung mitgeteilt worden und in den hier interessierenden Teilen bei RAISCH/SÖLTER/KARTTE, Fusionskontrolle, S. 139 ff. veröffentlicht.

(2.330) verträge zwischen Wettbewerbern vom Kartellverbot nicht betroffen werden. In dem Entwurf (§ 24) ist eine erhebliche Erweiterung der Befugnisse des Bundesministers für Wirtschaft gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen, die sich zusammenschließen oder durch Zusammenschluß erst entstehen, vorgesehen. Der Minister kann (§ 24 Abs. 1 des Entwurfes) unter bestimmten Voraussetzungen die Maßnahmen anordnen, "die geeignet sind, die Voraussetzungen für einen wesentlichen Wettbewerb zu sichern". Weigern sich die betroffenen Unternehmen, einer Anordnung des Bundesministers für Wirtschaft nachzukommen, so soll der Minister unter anderem berechtigt sein, seine Anordnungen zwangsweise durchzusetzen, indem er "den Zusammenschluß bewirkende Verträge für unwirksam" erklärt (§ 24 Abs. 4 Nr. 4 Halbsatz 1 des Entwurfs). Diese Befugnis soll gemäß § 24 Abs. 4 Nr. 4 Halbsatz 2 des Entwurfs dem Minister nicht zustehen "für Verträge über die Verschmelzung, Umwandlung, Eingliederung oder Gründung eines Unternehmens und für Unternehmensverträge im Sinne der §§ 291, 292 des Aktiengesetzes, sobald sie durch Eintragung in das Handelsregister oder in das Genossenschaftsregister rechtswirksam sind" [61].

2.331 Diese Regelung setzt voraus, daß Fusionsverträge, die ja (vor Eintragung) nur für unwirksam erklärt werden können, nicht nach § 1 GWB unwirksam sind, solange eine solche Erklärung nicht ergeht. Die Problematik des Verhältnisses von § 1 GWB zu §§ 23 ff. GWB wird

---

61) Die Sonderbehandlung bereits im Handelsregister oder im Genossenschaftsregister eingetragener Fusionsverträge ist im Entwurf nicht begründet. Sollte sie aus Gründen des Vertrauensschutzes für notwendig erachtet worden sein, so könnte dies angesichts der Rechtssätze, die zur faktischen Gesellschaft entwickelt worden sind, nicht überzeugen.

(2.331) freilich in der Begründung zum Referentenentwurf mit keinem Wort erwähnt. Man muß daher davon ausgehen, daß die Verfasser des Entwurfs der Ansicht sind, Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern seien schon nach geltendem Recht im Unterschied zu Kartellverträgen zwischen den gleichen Wettbewerbern vom Kartellverbot nicht betroffen. Demnach bietet auch die beabsichtigte neuerliche Gesetzesänderung keine sachliche Begründung der Differenzierung zwischen Fusionsverträgen und Kartellverträgen.

2.34 Der Bundestag hat die beasichtigten Änderungen durch Gesetz vom 3. 8. 1973 (BGBl. I S 917) in Kraft gesetzt. Bei aller Unklarheit, die die §§ 22 ff. GWB n.F. gegenüber der Fassung des Referentenentwurfes kennzeichnen, hat sich nichts daran geändert, daß die Kartellbehörde "den Zusammenschluß bewirkende Verträge ... für unwirksam" erklären kann (§ 24 Abs 7 Nr. 3 Halbsatz 1 GWB n.F.) und daß diese Befugnis nicht besteht "für Verträge über die Verschmelzung, Umwandlung, Eingliederung oder Gründung eines Unternehmens und für Unternehmensverträge im Sinne der §§ 291, 292 des Aktiengesetzes, sobald sie durch Eintragung in das Handelsregister oder in das Genossenschaftsregister rechtswirksam geworden sind" (§ 24 Abs. 7 Nr. 3 Halbsatz 2 GWB n.F.). Die Entscheidung des Gesetzes ist also infolge der Neufassung des GWB nicht mehr zu bezweifeln: Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern werden - im Gegensatz zu Kartellverträgen zwischen den gleichen Wettbewerbern - grundsätzlich nicht vom Kartellverbot betroffen. Eine sachliche Begründung der Sonderbehandlung von Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern gegenüber Kartellverträgen lassen aber weder das Gesetz noch die Gesetzesmaterialien erkennen.

2.40 Das GWB enthält in § 109 Abs. 2 einen Katalog von Gesetzesvorschriften, die durch es außer Kraft gesetzt werden. In diesen Vorschriften sind die Bestimmungen über Wettbewerbsverbote für die Gesellschafter von

(2.40) Personalgesellschaften (insbesondere §§ 112, 113, 165 HGB, 284 AktG) nicht erwähnt. In Schrifttum [62] und Rechtsprechung [63] wird daher vielfach angenommen, daß sich daraus eine Einschränkung des Geltungsbereichs von § 1 GWB ableiten läßt.

2.41 In der Erörterung des Problems wird durchweg davon ausgegangen, daß der auf Gründung der Gesellschaft gerichtete Vertrag, auch wenn er von Wettbewerbern abgeschlossen worden ist, vom Kartellverbot nicht betroffen ist [64]; regelmäßig - meistens stillschweigend [65] - vorausgesetzt, daß der Zusammenschluß selbst wirksam ist und sich lediglich die Frage stellt, ob der Gesellschaftsvertrag Wettbewerbsverbote begründet oder ob dem das Kartellverbot entgegensteht [66]. Die Diskussion über das Verhältnis gesellschaftsrechtlicher Wettbewerbsverbote zum Kartellverbot berührt also die

---

62) Vgl. etwa GÖTZ, JUS 1963, S. 387 ff.; HEIMANN, insbes. S. 76 ff.; KARDARAS, S.121 ff.; MAGEN, NJW 1961, S. 147 ff.; QUANTZ, insbes. S. 137 ff.

63) Grundlegend BGHZ 38, 306, 311 ff. = NJW 1963, S. 646 ff., 648 f.

64) Bezeichnend GÖTZ, aaO., S. 387 Sp. 1; HEIMANN, S. 2; KARDARAS, S. 142 ff.

65) Vgl. etwa BALLERSTEDT, Handlungsunwert, S. 198; KARDARAS, S. 131/132. WÜRDINGER, WuW 1969, S. 147 führt ausdrücklich aus, daß die Wirksamkeit der Gründungsverträge selbst durch eine etwaige Unwirksamkeit von Wettbewerbsverboten nicht berührt werde.

66) Bezeichnend etwa die Argumentation aus der besonderen Treuepflicht der Gesellschafter (BECHER, NJW 1961, S. 1998 ff.; GÖTZ, aaO., S. 338 f.; MAGEN, aaO., S. 148 und passim) und zur Anwendung von § 139 BGB (QUANTZ, S. 142; ROSENTHAL, S. 8, 95; TILMANN, S. 179).

(2.41) uns interessierende Frage nicht [67].

2.420 Es bleibt jedoch der Schluß möglich, die Vorschrifter über gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote ließen erkennen, daß Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern nicht vom Kartellverbot betroffen seien. In diese Richtung gehen etwa die Ausführungen des BGH [68], durch Anwendung des § 1 GWB auf die gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbote würden volkswirtschaftlich besonders erwünschte Formen unternehmerischer Kooperation (Personalgesellschaften) grundsätzlich in Frage gestellt (wobei auch der BGH als selbstverständlich voraussetzt, daß der Fusionsvertrag der Wettbewerber im übrigen vom Kartellverbot nicht berührt wird).

2.421 Die Ansicht des BGH wäre nur dann zutreffend, wenn jeder Zusammenschluß von Personen zu einer Personalgesellschaft ein Zusammenschluß von Wettbewerbern wäre, also insoweit notwendig den Tatbestand des Kartellverbotes erfüllte. Nur dann wären die Organisationsformen der offenen Handelsgesellschaft bzw. Kommanditgesellschaft insgesamt in Frage gestellt, ein Ergebnis, das angesichts seiner erheblichen Bedeutung und seiner Nichterwähnung in § 109 Abs. 2 GWB in der Tat die Annahme nahelegen könnte, Zusammenschlüsse von Wettbewerbern zu einer Personalgesellschaft (und damit Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern überhaupt) müßten vom Kartellverbot ausgenommen sein.

---

67) Erst WÜRDINGER, (WuW 1969, S. 143 ff., insbesondere S. 147) hat die Diskussion durch den Hinweis in die richtige Bahn gelenkt, zunächst müsse nach § 1 GWB beurteilt werden, ob ein von Unternehmen geschlossener Gesellschaftsvertrag verbindlich ist oder nicht; erst wenn die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages bejaht werden könne, stelle sich die weitere Frage, ob die in § 112 HGB u.ä. enthaltene Verpflichtung entstanden sei oder nicht.

68) BGHZ 38, 306, 312 ff.

2.4221 Mit Sicherheit ist nicht jeder Zusammenschluß von Personen zu einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft ein Zusammenschluß von Wettbewerbern in dem Sinne, daß die Vertragspartner vor dem Zusammenschluß in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander standen. Solche Zusammenschlüsse sind daher im Hinblick auf das Kartellverbot nur von Interesse, wenn dieses Verbot nicht nur Gesellschaftsverträge aktueller Wettbewerber, sondern - wie eine verbreitete Auffassung annimmt [69] - auch Gesellschaftsverträge potentieller Wettbewerber trifft. Selbst wenn man dieser Auffassung folgt, bleibt jedoch die Frage, ob die Partner solcher Zusammenschlüsse in jedem Falle als potentielle Wettbewerber anzusehen wären (die Rechtsprechung hat die Beschränkung von potentiellem Wettbewerb bislang nur dann als im Hinblick auf das Kartellverbot relevant angesehen, wenn Unternehmen ihre Produktion eingestellt hatten, ohne ihre sachlichen Mittel - Produktionsstätten, Patente usw. - aufzugeben [70]). Immerhin läßt die Unsicherheit über den Begriff des potentiellen Wettbewerbs nicht ausschließen, daß ein relevantes potentielles Wettbewerbsverhältnis auch dann angenommen wird, wenn sich aktuelle Nichtwettbewerber zu einem Unternehmen zusammenschließen, dessen Tätigkeit auf dem Markt auch jedem Vertragspartner offengestanden hätte. Die Argumentation des BGH kann daher nicht schon mit dem Hinweis widerlegt werden, daß es eine Vielzahl von Zusammenschlüssen zu Personalgesellschaften gibt, an denen nur Nichtwettbewerber beteiligt sind.

---

69) Statt aller: MÜLLER-HENNEBERG im Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 5.

70) Vgl. den Sachverhalt, der BGH WuW/E 359 (Gasglühkörper) zugrundeliegt.

2.4222 Es wird jedoch immer Zusammenschlüsse von Mitbewerbern geben, die mangels ausreichender Marktmacht der Vertragsschließenden nicht geeignet sind, die Marktverhältnisse zu beeinflussen, die also selbst dann nicht unter das Kartellverbot fallen, wenn sie einen aktuellen Wettbewerb zwischen den Vertragspartnern beschränken. Für solche Zusammenschlüsse bleiben die Organisationsformen der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft auch dann von praktischer Bedeutung, wenn die Gründung solcher Gesellschaften nicht generell vom Kartellverbot ausgenommen wird. Mit der Auffassung, eine solche generelle Ausnahme sei nicht geltendes Recht, werden demnach die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft als Institution nicht in Frage gestellt. Entgegen der Auffassung des BGH lassen sich also daraus, daß das GWB den Fortbestand der Gesellschaftsformen der Personalgesellschaften voraussetzt, keine Folgerungen für den Anwendungsbereich des Kartellverbots ableiten [71].

2.5 Solche Folgerungen sind auch nicht aus den Vorschriften des Aktiengesetzes über Verschmelzungs- und Unternehmensverträge zu gewinnen. Zwar vertritt MÖHRING [72] die Auffassung, "daß, soweit Unternehmensverbindungen aktienrechtlich wirksam werden können, keine Einschränkung durch das Kartellrecht erfolgen kann", weil sich auf andere Weise nicht erklären lasse, "weshalb der Gesetzgeber im Aktiengesetz bestimmte Unternehmenszusammenschlüsse als gültig behandelt hat".

---

71) Im Ergebnis ebenso HARMS, S. 184 f.

72) In GRuR 1966, S. 649.

(2.5) Gegen diese Auffassung spricht, daß es wegen der beliebigen Austauschbarkeit von Gesellschaftsformen nicht möglich ist, die Ausnahme vom Kartellverbot auf einzelne Formen von Fusionen zu beschränken [73]. Eine solche Beschränkung postuliert aber MÖHRING, der seine Ansicht ausdrücklich auf die Unternehmungsverträge des Aktienrechts begrenzt 74)· Weiter verkennt MÖHRING, daß das Aktienrecht, auch soweit es Regelungen für Unternehmensverbindungen enthält, ausschließlich Organisationsrecht ist, das die spezifisch gesellschaftsrechtlichen Konflikte (Schutz von Anteilseignern, von Gesellschaftsgläubigern usw.) regeln, aber nicht das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in einem quantitativ sehr bedeutsamen Punkt ergänzen will [75].

2.6 Die als allgemein gebilligt anzusehende [76] Entscheidung des deutschen Rechts, Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern vom Kartellverbot auszunehmen, läßt sich also - im Gegensatz zum Recht der EWG [77] - nicht aus anderen gesetzlichen Bestimmungen ableiten. Die Problematik, die sich daraus

---

73) Siehe zu RN 1.2.

74) AaO., Sp. 2: "Außerhalb des Rahmens, den das Aktiengesetz ... gezogen hat, ... können kartellrechtliche Bestimmungen wirksam bleiben."

75) Ebenso MESTMÄCKER, Betrieb 1968, S. 838, WÜRDINGER, WuW 1967, S. 84.

76) Siehe zu RN 1.26.

77) Siehe zu RN 2.1.

(2.6) ergibt, daß Fusionsverträge - zumindest scheinbar - ohne weiteres unter den Tatbestand des Kartellverbotes subsumiert werden können [78], ist also nicht durch Annahme einer Gesetzeskonkurrenz, bei der § 1 GWB verdrängt wird, zu erledigen (ganz abgesehen davon, daß auch eine solche Verdrängung der Begründung bedürfte). Während die Sonderbehandlung der Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern im Ergebnis unproblematisch ist, erweist sich demnach die Begründung der Sonderbehandlung als ein in jeder Hinsicht offenes Problem.

3 Die Aufgabe

3.10 Der Versuch, das Problem der Begründung der Sonderbehandlung von wettbewerbsbeschränkenden Fusionsverträgen zu lösen, ist trotz der allgemein gebilligten Entscheidung, wettbewerbsbeschränkenden Fusionsverträgen generell die Wirksamkeit nicht zu versagen, von erheblicher Bedeutung.

3.11 Eine Rechtsordnung muß Sachprobleme so lösen, daß Wertungswidersprüche vermieden werden. Sollte sich die unterschiedliche Behandlung von Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern und Kartellverträgen im Hinblick auf die von unserer Rechtsordnung getroffenen Wertungen nicht begründen lassen, so müßte de lege ferenda gefordert werden, die Sonderbehandlung der Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern aufzugeben.

---

78) Siehe zu RN 1.1 und 1.25.

3.12 Aber auch de lege lata kann auf den Versuch einer Begründung der Sonderbehandlung nicht verzichtet werden. Die Formen unternehmerischer Kooperation sind von solcher Vielfalt und so wandelbar, daß oft genug gefragt werden muß, ob eine einzelne Form eines Zusammenschlusses zu den Kartellverträgen oder zu den Fusionsverträgen gerechnet werden muß. Diese Frage mag für die klassischen Formen von Zusammenschlüssen wie Konditionen- oder Kontingentierungsvereinbarungen, Syndikate oder Verschmelzungsvorgänge gewohnheitsrechtlich entschieden sein. Für neue Formen unternehmerischer Kooperation wie Gemeinschaftsunternehmen, Einkaufs- oder Verkaufsgenossenschaften oder Fusionen in der Form stiller Gesellschaften fehlt diese Entscheidungshilfe. Welche dieser gewohnheitsrechtlich nicht gelösten Fälle zu den Fusionen, welche zu den Kartellen zu rechnen sind, kann nur entschieden werden, wenn die Sonderbehandlung der Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern sachlich begründbar ist und deshalb die Begriffe "Fusionsvertrag" und "Kartellvertrag" geklärt werden können.

3.13 Das Problem der besonderen Behandlung der Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern kann also nur dann als gelöst angesehen werden, wenn es gelingt, die besondere Behandlung sachbezogen zu begründen und dogmatisch einwandfrei an den Tatbestand des Kartellverbotes zu binden (= die differentia specifica der Fusionsverträge rechtssatzförmlich auszudrücken).

3.20 Die sachbezogene Begründung der Entscheidung erfordert eine Argumentation, die einsichtig, nachvollziehbar werden läßt, daß Fusionsverträge trotz mindestens gleicher wettbewerbsbeschränkender Wirkungen wie Kartellverträge im Gegensatz zu diesen nicht verboten sind.

3.21 Nur wenn eine solche Begründung gelingt, nur wenn deutlich gemacht werden kann, daß die unterschiedliche Behandlung von Kartellverträgen und Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern im Hinblick auf das Kartellverbot mit den Wertungen vereinbar ist, die hinter der Einführung des Kartellverbotes stehen, ist die Differenzierung im Einzelfall unbedenklich möglich. Gelingt eine solche Begründung nicht, so bleibt die Zurechnung einzelner Erscheinungsformen unternehmerischer Kooperation zu den Fusionsverträgen oder zu den Kartellverträgen dunkel, und zwar auch insoweit als es sich um eine Zurechnung kraft Tradition handelt. Die Entscheidung, daß Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern vom Kartellverbot nicht betroffen werden, müßte dann als systemwidrig und den mit dem Kartellverbot verfolgten Wertungen widersprechend qualifiziert werden. In diesem Fall müßte die "Richtigkeit" der Entscheidung in Frage gestellt und de lege ferenda erwogen werden, die Differenzierung aufzugeben und Fusionsverträge in jeder Hinsicht wie Kartellverträge (genauer: wie sonstige Kartellverträge) zu behandeln.

3.22 Wenn die Differenzierung sachbezogen zu begründen ist, stellt sich die weitere Frage, ob die bisherige Zurechnung einzelner Formen von Zusammenschlüssen zu den Fusionsverträgen bzw. zu den Kartellverträgen mit der Begründung vereinbar ist. Dabei kann angesichts der Offenheit des Begründungsproblems nicht ausgeschlossen werden, daß auch tradierte Zurechnungen einzelner Formen unternehmerischer Kooperation zu Fusionsverträgen oder Kartellverträgen mangels Vereinbarkeit mit der Begründung in Frage gestellt werden müssen.

3.30 Die dogmatisch einwandfreie Bindung des Ergebnisses

(3.30) an den Tatbestand des Kartellverbotes bedingt einige Vorklärungen zur Struktur von Rechtssätzen und zur Begriffsbildung.

3.310 Die Bezeichnung des für unsere Betrachtung maßgebenden Rechtssatzes als "Kartellverbot" legt es nahe, den Satz als selbständiges Gefüge von Tatbestand und Rechtsfolge zu begreifen, also als Aussage des Inhalts: wenn ein Sachverhalt S die Tatbestandsmerkmale t_1 und t_2 erfüllt, die je eine Vielzahl von Merkmalen umfassen und von denen t_1 identisch ist mit der Gesamtheit der Merkmale eines Schuldvertrages (§ 305 BGB), t_2 identisch ist mit der Gesamtheit der Merkmale des Kartellverbots, so gilt die Rechtsfolge, daß die von den Vertragspartnern angestrebte Rechtsfolge der Begründung eines Schuldverhältnisses (§ 305 BGB) nicht eintritt. Dieses Verständnis ist nicht notwendig. Man kann, ohne daß sich irgendwelche inhaltlichen Änderungen bezüglich einzelner Tatbestandsmerkmale ergeben, ebenso sagen, daß die unter t_2 zusammengefaßten Tatbestandsmerkmale "negative Tatbestandsmerkmale" [79] von § 305 BGB sind, also Merkmale, die nicht vorliegen dürfen, wenn die Rechtsfolge des § 305 BGB eintreten soll.

3.311 Die Entscheidung zwischen diesen beiden Möglichkeiten ist eine reine Frage der Zweckmäßigkeit, die je nach dem Zusammenhang verschieden ausfallen kann. Im Rahmen unserer Untersuchung verdient die erstgenannte Möglichkeit aus mehreren Gründen den Vorzug.

---

79) Siehe dazu MINAS-v.SAVIGNY, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 4 ff. und passim; dort auch (S. 119 f.) überzeugende Argumente gegen die Unterscheidung von selbständigen und unselbständigen (unvollständigen) Rechtssätzen.

3.312 Merkmale, die nicht vorliegen dürfen, wenn die Rechtsfolge des § 305 BGB eintreten soll ("negative Tatbestandsmerkmale" von § 305 BGB), sind nicht nur die Merkmale des Kartellverbots, sondern ebenso etwa die Merkmale sonstiger Verbotsgesetze i.S. von § 134 BGB oder von § 138 BGB. Ist die Gesamtheit der (positiven) Tatbestandsmerkmale des § 305 BGB verwirklicht, so genügt die Verwirklichung der Merkmale des Kartellverbots, die Rechtsfolge, daß die intendierte Rechtsfolge nicht eintritt, herbeizuführen, aber die Nichtverwirklichung der Merkmale des Kartellverbots genügt nicht, die intendierte Rechtsfolge eintreten zu lassen (dazu ist auch die Nichtverwirklichung der Merkmale sonstiger Verbotsgesetze oder von § 138 BGB u.ä. erforderlich).

3.313 Für die Behandlung des Kartellverbots als eigenen selbständigen Rechtssatz spricht weiter, daß die Vereinbarung von Kartellverträgen nicht nur die Rechtsfolge "Unwirksamkeit" hat. Die Vereinbarung von Kartellverträgen verändert ohne Rücksicht auf die Unwirksamkeit zugleich die Summe der bestehenden Rechtsverhältnisse, da sie die potentiellen Vertragspartner verpflichtet, an einem prinzipiell zumindest über § 8 GWB für alle Sachverhalte von Kartellverträgen vorstellbaren Erlaubnisverfahren mitzuwirken und alles zu unterlassen, was zu einem Ausfall der Erlaubnis führen könnte [80].

3.320 Soll die Differenzierung von Kartellverträgen und Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern dogmatisch einwandfrei an den Tatbestand des Kartellverbots gebunden

---

80) Es wird allgemein anerkannt, daß derartige Mitwirkungs- und Unterlassungspflichten auch bei unwirksamen Kartellverträgen solange bestehen, bis gewiß ist, daß eine behördliche Erlaubnis oder Genehmigung nicht erteilt werden, statt aller BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 Anm. 60; MÜLLER-HENNEBERG, § 1 Anm. 61.

(3.320) werden, so muß die Differenzierung in einem Merkmal des Tatbestandes dieses Rechtssatzes zum Ausdruck gebracht werden. Das kann an sich in der Weise geschehen, daß ein bekanntes Merkmal neu begriffen oder daß ein zusätzliches Merkmal eingeführt wird. Ist aber schon zweifelhaft, nach welchen Kriterien zwischen diesen Möglichkeiten entschieden werden soll oder ob die Wahl ganz und gar beliebig ist, so ist erst recht problematisch, ob diese Zweifel nicht auch hinsichtlich des sprachlichen Ausdrucks bestehen. So kann die Differenzierung zum Ausdruck gebracht werden, indem etwa das Merkmal "(Gesellschafts)Vertrag" oder "Unternehmen" neu begriffen oder das neue Merkmal "Nicht-Zugehörigkeit des Vertrages zu der Klasse der Fusionsverträge" o.ä. eingeführt werden. Sind alle diese Möglichkeiten gleichwertig, alle möglichen Entscheidungen insoweit also gleich-gültig?

3.321 Unsere Untersuchung geht davon aus, daß es bei der Formulierung des Tatbestandes des Kartellverbotes nicht genügt, irgend eine beliebige Sprachform zu wählen, um die Differenzierung auszudrücken, sondern daß es sinnvoller ist, das Merkmal, das die Differenzierung zum Ausdruck bringen soll, so zu formulieren, daß bereits im sprachlichen Ausdruck das Sachargument für die Differenzierung sichtbar wird.

3.322 Die Wahl eines konkreten sprachlichen Ausdrucks enthält keine Sachentscheidung, ihr hat vielmehr (mindestens) eine Sachentscheidung vorauszugehen, nämlich die der Bestimmung des zu kennzeichnenden Begriffs (oder Tatbestandsmerkmals). Gleichwohl sollte der sprachliche Ausdruck zumindest jedenfalls so gewählt werden, daß das Vorverständnis, das man mit ihm verbindet, dem Begriffsinhalt nicht geradezu widerspricht (so wäre es beispielsweise sachwidrig, den Ausdruck "Verträge, die ausschließlich Wettbewerbshandlungen regeln", zu wählen, um den Begriff von Verträgen, die

(3.322) "überwiegend Wettbewerbshandlungen regeln", zu kennzeichnen). Darüberhinaus ist im Interesse der Erleichterung des Verständnisses und damit letztlich der Erreichung oder Feststellung des für die Entscheidung der Geltungsfrage unentbehrlichen Konsenses anzustreben, daß der sprachliche Ausdruck gewählt wird, dessen Vorverständnis dem Begriffsinhalt am nächsten kommt (unter diesem Gesichtspunkt ist beispielsweise der Ausdruck "Recht auf Achtung der Menschenwürde und auf freie Entfaltung der Persönlichkeit" dem Ausdruck "allgemeines Persönlichkeitsrecht" vorzuziehen). Den Idealfall stellt es dar, wenn das Vorverständnis des sprachlichen Ausdrucks nicht nur dem Begriffsinhalt nahe kommt, sondern auch noch den Grund der rechtlichen Regelung wenigstens durchscheinen läßt (unter diesem Gesichtspunkt ist etwa der Ausdruck "Gefährdungshaftung" dem Ausdruck "quasi-deliktische Haftung" vorzuziehen).

3.4 Aus diesen Überlegungen läßt sich aber auch ein Kriterium für die Entscheidung der oben [81] offen gelassenen Frage gewinnen, ob die Aufgabe, die Differenzierung zwischen Kartellverträgen und Fusionsverträgen von Wettbewerbern in einem Tatbestandsmerkmal des Kartellverbots zum Ausdruck zu bringen, in der Weise zu lösen ist, daß ein Tatbestandsmerkmal neu begriffen wird, oder in der Weise, daß ein neues Tatbestandsmerkmal eingeführt wird.

Von der erstgenannten Möglichkeit sollte nur Gebrauch gemacht werden, wenn der überkommene sprachliche Ausdruck des Tatbestandsmerkmals in dem geschilderten Sinne [82] auch den neuen Begriff deckt. Das ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn der neue Begriff

---

81) Siehe zu RN 3.320.

82) Siehe zu RN 3.322.

(3.4) nicht die bisherige Auslegung ändert, sondern neben den in dieser Auslegung gewonnenen Begriff tritt und nur durch den sprachlichen Ausdruck des alten Begriffs - jetzt Terminus eines neuen Oberbegriffs - mit dem alten Begriff verbunden wird. Soll etwa die Differenzierung zwischen Kartellverträgen und Fusionsverträgen dadurch zum Ausdruck gebracht werden, daß das Merkmal "Unternehmen" neu begriffen wird (etwa in dem Sinne: "auch nach Durchführung des Vertrages selbständig bleibende Unternehmen" [83]), so wird an der bisherigen Auslegung dieses Merkmals nichts geändert; der neue Begriff tritt einfach neben den alten und der Umstand, daß er als Unterbegriff des überkommenen Merkmals formuliert wird, verschleiert nur die Tatsache, daß dieses Merkmal unverändert geblieben und ein neues Merkmal eingeführt worden ist. Deshalb wäre besser auf diese Formulierung zu verzichten und einzuräumen, daß ein neues Tatbestandsmerkmal eingeführt worden ist.

3.5 Die Argumentation des Schrifttums zur Frage der unterschiedlichen Behandlung von Kartellverträgen und Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern begnügt sich fast durchweg (innerhalb der erwähnten [84] Beschränkung der Diskussion auf Verschmelzungen und Konzernbildungen einerseits sowie auf das Wettbewerbsverbot für Gesellschafter von Personalgesellschaften andererseits) damit zu prüfen, ob die in § 1 Abs. 1 GWB genannten Tatbestandsmerkmale einen Inhalt haben, aus dem sich die Differenzierung ergibt, oder ob die unterschiedliche Behandlung in anderen Rechtssätzen angeordnet oder doch wenigstens vorausgesetzt ist. Dabei bleibt das

---

83) Siehe zu RN 5.11.

84) Siehe zu RN 1.23.

(3.5) Schrifttum nahezu ausnahmslos [85] bei der Entwicklung bzw. Festlegung von Tatbestandsmerkmalen stehen, ohne nach dem Grund der unterschiedlichen Behandlung von Kartell- und Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern zu fragen oder gar die Frage nach Kriterien der Zurechnung der Differenzierung zu gerade diesem oder jenem Merkmal zu stellen. Trotzdem kann auf eine Auseinandersetzung mit dem Schrifttum nicht verzichtet werden, denn es könnte sein, daß die im Gesetz erwähnten oder die vom Schrifttum im Hinblick auf die Unterscheidung eingeführten Tatbestandsmerkmale den oder die Sachgesichtspunkte sichtbar werden lassen, aus dem oder denen sich der Grund der Unterscheidung ergibt.

3.6 Die Überprüfung dieser Möglichkeit bestimmt den Gang unserer Darstellung. Zunächst ist die Auslegung der Tatbestandsmerkmale von § 1 GWB daraufhin zu überprüfen, ob sie "unsere vorläufige Subsumtion" der Fusionsverträge unter den Tatbestand des § 1 GWB [86] bestätigt oder nicht (s. zu RN 4). Sind danach Fusionsverträge Verträge i.S. des § 1 GWB, so kann ihre Sonderbehandlung nur begründet sein, wenn sich überhaupt zwischen Fusionsverträgen und anderen Verträgen unterscheiden läßt und wenn die differentia specifica der Fusionsverträge deren Sonderbehandlung rechtfertigt. Diese differentia specifica könnte in den Rechtsfolgen (s. zu RN 5) oder in den Tatbeständen (s. zu RN 6) der Verträge (mit Ausnahme des Markmals "Rechtsfolgewille") liegen.

3.70 Die zu begründende und dogmatisch einwandfrei zum Ausdruck zu bringende unterschiedliche Behandlung von Kar-

---

85) Um die Erarbeitung des Grundes für die Unterscheidung bemühen sich aber beispielsweise FIKENTSCHER, Systemfragen, S. 273; MESTMÄCKER, Betrieb 1968, S. 838 f. Siehe hierzu RN 5.31; 5.33.

86) Siehe zu RN 1.1.

(3.70) tellverträgen und Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern hat nicht Allgemeinbegriffe, sondern konkrete Sachverhalte zum Gegenstand. Der Versuch der Begründung und dogmatischen Erfassung der Differenzierung muß daher wirkliche oder als wirklich gedachte Sachverhalte, ihre spezifischen Bewandtnisse und deren rechtliche Wertung, bedenken. Damit wird zugleich gewährleistet, daß vor einer Klärung des Begriffs schon sinnvoll von "Fusionsverträgen" gesprochen werden kann. Es mag schwierig sein, den Begriff zu bestimmen, aber für bestimmte als wirklich gedachte Sachverhalte steht trotzdem von vornherein fest, daß sie unter den Begriff fallen.

3.710 Wenn im folgenden von "Fusionsverträgen" oder "Kartellverträgen" die Rede ist, sind daher als wirklich gedachte Sachverhalte gemeint.

3.711 Im einzelnen sind dabei hinsichtlich ihrer Beurteilung durch das Kartellverbot und die hinter diesem stehenden Wertungen zu vergleichen: der Zusammenschluß von Personen, die Wettbewerber sind, durch einen Fusionsvertrag und der Zusammenschluß derselben Personen durch einen Kartellvertrag. Dazu seien folgende Tatsachen festgelegt: die natürlichen Personen A, B, C, D und E sind als Vollkaufleute die einzigen Anbieter und Oligopolisten auf dem Markt für die Ware w; jede der fünf Personen hat ihre gesamten nicht höchstpersönlichen subjektiven Rechte ausschließlich für Herstellung und Absatz von w eingesetzt.

3.712 Als Beispiel eines unproblematischen - unwirksamen - Kartellvertrages läßt sich dann etwa folgender Sachverhalt bilden: A, B, C, D und E verpflichten sich, in Zukunft w nur noch zu gemeinsam verabredeten oder in Zukunft gemeinsam zu verabredenden Preisen zu veräussern und Qualitätsveränderungen an w nur nach Zustimmung aller Vertragsparteien vorzunehmen; A, B, C, D und E gründen also - m.a.W. - eine Gesellschaft bürger-

(3.712) lichen Rechts zu dem gemeinsamen Zweck, einige ihrer Wettbewerbshandlungen zu koordinieren, wobei sie den gemeinsamen Zweck dadurch fördern, daß sie es unterlassen, ordnungsgemäß zustandegekommenen Gesellschaftsbeschlüssen zuwiderzuhandeln; an der Qualifikation des Kartellvertrages zwischen A, B, C, D und E als Sachverhalt, der den Tatbestand des Kartellverbots erfüllt, änderte sich nichts, wenn A, B, C, D und E sich verpflichteten, auch alle anderen ihnen möglichen Wettbewerbshandlungen im gleichen Sinne zu "vergemeinschaften".

3.7131 Als Beispiel eines Sachverhalts der Fusion von Wettbewerbern wäre der Fall dahin abzuwandeln, daß A, B, C, D und E eine offene Handelsgesellschaft gründen (also sich verpflichten, an sämtlichen nicht höchstpersönlichen subjektiven Rechten, die bisher jedem von ihnen getrennt zustanden, eine gesamthänderische Berechtigung eines jeden von ihnen zu begründen, und in Zukunft ohne Haftungsbeschränkung gegenüber Dritten w gemeinsam herzustellen und zu vertreiben), oder mit gleicher Zielsetzung eine GmbH oder eine AG errichten.

3.7132 Die erwähnten Fälle lassen sich weiter dahin variieren, daß A, B, C, D und E Einmann-Gesellschaften innehaben und daß diese Gesellschaften einmal einen Kartellvertrag schließen, im anderen Fall eine OHG gründen, eine GmbH errichten oder eine Verschmelzung zu einer AG durchführen.

4 Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern und (sonstige?) Kartellverträge in der Interpretation der Tatbestandsmerkmale des Kartellverbots

4.1 Zum Tatbestandsmerkmal "Unternehmen"

4.110 Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Unternehmen" durch das Schrifttum zum GWB bestimmt den Begriff im

(4.110) Hinblick auf eine Eigenschaft der Vertragspartner zur Zeit des Vertragsschlusses, ohne nach sonstigen Voraussetzungen oder nach den Auswirkungen des Vertrages zu differenzieren. So werden "Unternehmen" definiert als Personen oder Personeninbegriffe, "die aktiv und selbständige am Wirtschaftsleben teilnehmen" [87], oder man sagt: "überall dort, wo im Wirtschaftsverkehr etwas 'unternommen' wird, spricht man von einem Unternehmen" [88]. P. ULMER [89] verzichtet auf jede inhaltliche Konkretisierung des Tatbestandsmerkmales "Unternehmen" in § 1 GWB und vertritt die Ansicht, Unternehmen sei der jeweilige das Unternehmen betreibende Rechtsträger. Auch GANDENBERGER gelangt in seiner ausführlichen Untersuchung zum Begriff von Unternehmen im GWB zu einer ähnlich abstrakten Begriffsbestimmung [90]: "Unternehmen ist jede selbständige Teilnahme am Markt mit Ausnahme des Einkaufs zu Konsumzwecken".

4.111 Daß die Begriffsbestimmungen so abstrakt sind, beruht zum Teil auf dem Versuch, den Unternehmensbegriff des § 1 GWB unter Berücksichtigung anderer Regelungen zu bestimmen, einem Versuch, der zum Scheitern verurteilt ist. In den zu berücksichtigenden Regelungen wird eine Vielzahl verschiedener Ausdrücke verwendet, die nicht notwendig verschiedene Begriffe kennzeichnen, wie umgekehrt derselbe Ausdruck in verschiedenen Regelungen für verschiedene Begriffe stehen kann. So ist im Gesetz nicht nur vom "Unternehmen", sondern auch vom "Erwerbsgeschäft" (§§ 112, 1822 f. BGB, 14 UWG), vom "Han-

---

87) MÜLLER-HENNEBERG im Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 2.

88) Frankfurter Kommentar, § 1 Tz. 3.

89) In: Unternehmensbegriff, S. 108 Anm. 22; WuW 1960, S. 172; ZHR 123, S. 184.; BB 1961, S. 1172; ZHR 124, S. 231.

90) AaO., S. 121. Kaum konkreter die Begriffsbestimmung von SCHMUDE, S. 71.

(4.111) delsgeschäft" (§§ 22 ff. HGB), vom "geschäftlichen Verkehr" (§ 1 UWG), vom "geschäftlichen Betrieb" (§ 12 Abs. 1 UWG), vom "Gewerbebetrieb" (§§ 1 GewO, 1 ff. HGB), vom "Betrieb" (Betriebsverfassungsgesetz), vom "Institut" (§§ 1 ff. Kreditwesengesetz) oder vom "Unternehmer" (§ 1 UStG) die Rede. Dazu kommt, daß die Bedeutung dieser Ausdrücke je nach dem Kontext wechselt. Das "Handelsgeschäft" [91], von dem die Vorschriften der §§ 22 ff. HGB sprechen, ist nicht notwendig dasselbe wie das "Erwerbsgeschäft" oder der "geschäftliche Verkehr" im Sinne der UWG oder der "eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb" im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB oder gar das "Unternehmen" als technische Anlage, das in der Gewerbeordnung gemeint ist. Ebensowenig decken sich die Begriffe des Kaufmanns im Sinne des HGB und des Unternehmers im Sinne des UStG. Dieser Begriff ist wiederum nicht notwendig mit dem Unternehmensbegriff des Aktienrechts [92] identisch.

4.112 Aber selbst wenn man auf den Versuch, einen für alle gesetzlichen Regelungen sinnvollen Begriff des Unter-

---

91) Bezeichnend hierfür die Definition, die v. GIERKE, Handels- und Schiffahrtsrecht, S. 72, gibt: "Handelsgeschäft (= Unternehmen) ist der durch ein Handelsgewerbe geschaffene Tätigkeitsbereich mit den ihm ein- und angegliederten Sachen und Rechten, einschließlich der zu ihm gehörenden Schulden."

92) Der Begriff des Unternehmens im Recht der aktienrechtlich verbundenen Unternehmen hat eine verhältnismäßig eingehende Erörterung erfahren, vgl. NORDMEYER, insbesondere S. 28 ff., 39 f., 41 ff.; WÜRDINGER, Aktienrecht, S. 262 f. Bei diesen Erörterungen geht es immer nur um das Problem, die Sondervorschriften für das Recht der als Konzerne verbundenen Unternehmen dort anzuwenden, wo die Möglichkeit eines Interessenwiderspruchs zwischen Aktionär und Gesellschaft besonders naheliegt, vgl. WÜRDINGER, aaO., S. 263.

(4.112) nehmens zu bestimmen [93], verzichtet [94] und den Be-

---

93) Einen solchen Oberbegriff bilden etwa E.R. HUBER, Band I, S. 471; v. GIERKE, ZHR 111, S. 2 f.: Unternehmen als Inbegriff von Sachen, Rechten, immateriellen Gütern (Tätigkeitsbereich), Funktionen (Unternehmertätigkeit) und Verband (Betriebsgemeinschaft), und im Anschluß an v. GIERKE P. ULMER, Unternehmensbegriff, S. 33 ff., 41: "Unternehmen ist die nach außen unter einheitlicher Firma in Erscheinung tretende Wirtschaftseinheit, die sich aus der zur Erreichung produktiver wirtschaftlicher Zwecke erfolgten Zusammenfassung ihrer materiellen und immateriellen Werte mittels der Tätigkeit des Unternehmers und der mit ihm schaffenden Person ergibt."
Ein solcher Begriff ist zu komplex und heterogen, um für ein rechtswissenschaftliches System etwas zu leisten; er hätte keine Funktion. Diese Schwäche ist von P. ULMER nicht ganz klar erkannt, wenn er, aaO., S. 36 Anm. 17, ausführt: "Zwar gibt es keinen einheitlichen gesetzlichen (?) Unternehmensbegriff, er ist vielmehr stets aus dem jeweiligen Gesetz heraus zu interpretieren. Durch eine genügend weite Fassung kann man jedoch auch für ein so komplexes Grundinstitut der Sozialordnung wie das Unternehmen, dessen Natur sich einer allseitig befriedigenden Fassung mit den Mitteln der formalen Logik entzieht, eine Begriffsbestimmung durchführen".

94) Die Rechtswissenschaft hat aus dem vergeblichen Bemühen, einen sinnvollen einheitlichen Unternehmensbegriff zu bilden, bald die Konsequenz gezogen, den Begriff nicht mehr zum Gegenstand komplexer Betrachtungen zu machen (ganz anders die Fragestellung bei BRECHER, Das Unternehmen als Rechtsgegenstand). Dies ist grundsätzlich gerechtfertigt. Nicht vertretbar ist jedoch, die isolierende Betrachtungsweise so weit zu treiben, daß Zusammenhänge innerhalb verschiedener Regelungsbereiche nicht mehr berücksichtigt werden. Kennzeichnend hierfür das derzeitige Bemühen der Zivilrechtsdogmatik, den Begriff des subjektiven Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu klären, ohne den möglichen Widerspruch zu den hinter dem GWB stehenden Wertungen zu bedenken; Ausnahmen: BRECHER, aaO., S. 131 ff., insbes. S. 133 Anm. 14; FIKENTSCHER, Rechtsschutz, S. 226 f., 233 ff.; LUDWIG RAISER, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 97 (1961), S. 138, die - mit unterschiedlichen Argumentationen - den Widerspruch betonen, auf den BÖHM schon 1933 (Monopolkampf, S. 288 ff.) hingewiesen hatte.

(4.112) griff nur nach dem Kontext des GWB bestimmt, bleibt die Begriffsbestimmung so abstrakt, daß sie die Partner eines Fusionsvertrages zwischen Wettbewerbern mitumfassen muß. Danach ist "Unternehmen" im Sinne des GWB, wer als Wettbewerber auf einem Markt in Erscheinung tritt [95] (diese Auslegung [96] entspricht der Rechtslage in den USA, wo die Unwirksamkeitsanordnung für wettbewerbsbeschränkende Verträge nicht an in bestimmter Weise qualifizierte Adressaten gerichtet ist, sondern allein die Tatsache der Vereinbarung einer Wettbewerbsbeschränkung zur Unwirksamkeit der Vereinbarung führt [97]; ebenso verzichtete das frühere deutsche Kartellrecht bei der Bestimmung des Begriffs des Kartellvertrages auf die Verwendung des Tatbestandsmerkmals "Unternehmen", es wandte sich an einen nicht ausdrücklich benannten Kreis von Adressaten [98]), also mit Sicherheit auch jeder Partner eines Fusionsvertrages zwischen Wettbewerbern.

4.120 Das Übermaß an Abstraktion, das alle bisherigen Begriffsbestimmungen kennzeichnet, beruht vor allem da-

---

95) So auch Frankfurter Kommentar, § 1 Tz. 4; HEIMANN, S. 20; BGH WuW/E 359 (Gasglühkörper): Unternehmer ist, wer in der Lage ist, "sich selbständig im marktwirtschaftlichen Verkehr zu bestätigen".

96) Offenbleiben kann hier die Frage, ob auch potentielle Wettbewerber Unternehmen sind, welche Frage insbesondere dann relevant wird, wenn ein Unternehmen sich verpflichtet, bestimmte Waren, die außerhalb des selbst bestimmten und selbst bestimmbaren Tätigkeitsbereiches des Unternehmens liegen, in Zukunft nicht herzustellen oder anzubieten (VW verpflichtet sich beispielsweise gegenüber Dynamit-Nobel AG, niemals Munition herzustellen); hierzu vor allem SCHMUDE, S. 59 ff. m.w. Nachw.

97) Sherman Act vom 2. Juli 1890, Section 1 Satz 1: "Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal".

98) §§ 1 ff. KartellVO von 1923.

(4.120) rauf, daß bisher kaum versucht worden ist, das Tatbestandsmerkmal "Unternehmen" unter Berücksichtigung dessen zu bestimmen, was real geschieht, wenn das Kartellverbot für einen konkreten Sachverhalt gilt.

4.121 Das Kartellverbot beschränkt die Möglichkeit, Rechtsverhältnisse privatautonom zu gestalten, es engt die Vertragsfreiheit ein. Privatautonom gestalten, Verträge schließen können nur natürliche Personen, auch wenn die Rechtsfolgen solcher Handlungen nicht den handelnden Menschen, sondern Sondervermögen zugerechnet werden. Das Kartellverbot betrifft also Befugnisse natürlicher Personen, Freiheiten von Menschen, und zwar die Befugnis oder Freiheit, über die Art und Weise der Vornahme von Produktions- und Wettbewerbshandlungen zu entscheiden. Das Kartellverbot nimmt Menschen, die ohne es autonom über die Vornahme von Wettbewerbshandlungen entscheiden könnten, einen Teil ihrer Entscheidungsfreiheit, ihrer Entscheidungsautonomie, nämlich die Freiheit zu entscheiden, ob sie sich eines Teiles ihrer Entscheidungsautonomie in rechtlich erheblicher Weise begeben wollen [99]. Vom Kartellverbot können also nur Personen oder Personengruppen betroffen werden,

---

99) Vgl. die Ausführungen FIKENTSCHERS (Rechtsschutz, S. 87) zu der sich aus Art. 2 GG ergebenden verfassungsrechtlichen Problematik der Einschränkung der Vertragsfreiheit durch das Kartellverbot: "Man kann hier einwenden, daß Verbot des Gesetzgebers, durch einen Kartellvertrag auf seine weitere Wettbewerbs- und Vertragsfreiheit in bestimmten Punkten zu verzichten, verstoße gegen das Grundrecht der freien Entfaltung, denn zur freien Entfaltung der Persönlichkeit gehöre auch die Möglichkeit, auf die Ausübung eines Grundrechts wie das der Wettbewerbs- oder Vertragsfreiheit zu verzichten".

(4.121) denen Entscheidungsautonomie zukommt [100].

4.122 Daß die Entscheidungsautonomie wesentliches Merkmal des Begriffes "Unternehmen" im Kartellverbot ist, wird im rechtswissentschaftlichen Schrifttum nur vereinzelt angenommen [101]. KÖHLER [102], RAISER [103] und sinngemäß auch MESTMÄCKER [104] haben einen materiellen Unternehmensbegriff entwickelt, dessen wesentliches Merkmal die "wirtschaftliche Planungs- und Entscheidungsfreiheit" [105], d.h. eben die Entscheidungsautono-

---

100) Die Vorbehalte von P. ULMER, Unternehmesbegriff, S. 40 Anm. 35, der die Entscheidungsautonomie als "Wesenserfordernis" des Unternehmens ausdrücklich ablehnt, sind daher gerade für die von ihm behandelten Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten der EWG verfehlt. Entscheidungsautonomie allgemein gibt es auch in jeder Zentralverwaltungswirtschaft, sie steht auch dort denen zu, die die Wirtschaftspläne aufstellen. Wie ULMER lehnt RAISCH, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 182 es ab, der Entscheidungsautonomie irgendwelche Relevanz für die Bestimmung des Unternehmensbegriffes zuzurechnen, freilich um den Preis, daß seine "Bestimmung eines Volltypus des Unternehmens" für das Merkmal des "Unternehmens" in § 1 GWB unbrauchbar ist.

101) In der Wirtschaftswissenschaft ist die Relevanz der Entscheidungsautonomie für den Begriff der Unternehmung eine Selbstverständlichkeit (vgl. GANDENBERGER, S. 26 ff., GUTENBERG Bd. I, S. 470 ff., 480 ff.), und zwar deshalb, weil Gegenstand der Wirtschaftswissenschaft Aussagen über entscheidungstheoretische Zusammenhänge sind. Die Verwendung des Ausdrucks "Unternehmen" erfüllt in diesem Zusammenhang die Aufgabe, daß Entscheidungssubjekt zu bezeichnen, dem Entscheidungsbefugnisse verschiedenen Inhalts zukommen.

102) JZ 1953, S. 713 ff.

103) Verhandlungen des 39. Juristentages, S. B 59.

104) Konzerngewalt, S. 304.

105) Vgl. MESTMÄCKER, aaO.: "Erst der Wille, der entscheidet, ... erfüllt diesen Inbegriff (von Sachen, Rechten ... und tatsächlichen Beziehungen) mit dem Leben, das ein Unternehmen ausmacht."

(4.122) mie ist. Diesem materiellen Unternehmensbegriff wird bewußt gegenübergestellt der formelle Unternehmensbegriff, der allein den gegenständlichen Bereich des Unternehmens begreift, jenen "Inbegriff von Sachen, Rechten, Verbindlichkeiten, Arbeitsverhältnissen und tatsächlichen Beziehungen" [106], der nicht das Ganze des Phänomens "Unternehmen" ausmacht und gerade das für § 1 GWB Wesentliche ausläßt.

4.123 Die vom Kartellverbot betroffene Entscheidungsautonomie kommt nicht in jedem Falle einem einzigen Menschen zu. Gerade bei bedeutenden Marktteilnehmern ist die Freiheit, über die Vornahme von Wettbewerbshandlungen zu entscheiden, nicht einem Individuum zugewiesen, sondern mehreren Verantwortlichen, die aufgrund gesellschaftsrechtlicher Organisationsvorschriften (wie sie beispielsweise in §§ 115 Abs. 2 HGB, 77 Abs. 1 Satz 1 AktG vorgesehen sind), oder aufgrund von Mitwirkungsrechten, die sich aus sozialer Betroffenheit ergeben (etwa Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer), zur Entscheidung berufen sind. In dem Entscheidungsprozeß treten geradezu typischerweise mehrere Personen auf, die durch ihren gemeinsamen Bezug zu einem gegenständlichen Substrat, eben jenem Inbegriff von Sachen, Rechten usw. gekennzeichnet sind. Im Hinblick auf diesen gemeinsamen Bezug bilden sie eine Einheit, weshalb man sie als (autonome) "Entscheidungseinheit" begreifen kann.

4.124 Daß auch die Partner der hier interessierenden Fusionsverträge "Entscheidungseinheiten" sind, bedarf keiner besonderen Darlegung. Auch die konkretere Bestimmung des Begriffs "Unternehmen" führt also nicht dazu, Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern vom Tatbestand des Kartellverbots auszuschließen.

---

106) MESTMÄCKER, aaO., im Anschluß an RASCH, Konzernrecht, 2. Aufl., S. 23.

4.13 Es ist überhaupt keine sinnvolle [107] Bestimmung des Begriffs denkbar, die diesen Ausschluß erfaßte. Jede solche Bestimmung kann nur auf eine besondere Qualität der Vertragspartner zielen, aber was immer Fusionsverträge von (sonstigen?) Kartellverträgen unterscheiden mag, die Qualität der Vertragspartner berührt dieser Unterschied nicht. Es ist keine sinnvolle Begriffsbestimmung denkbar, nach der ein und dasselbe Rechtssubjekt (der Kaufmann A oder die Aktiengesellschaft A oder die GmbH A usw.) "Unternehmen" ist, wenn es einen Kartellvertrag abschließt, hingegen nicht, wenn es einen Fusionsvertrag vereinbart.

4.2 Zum Tatbestandsmerkmal "Beschränkung des Wettbewerbs"

4.20 In der Erörterung des Begriffs "Beschränkung des Wettbewerbs" [108] sieht das Schrifttum, von einer einzigen sogleich [109] zu erörternden Stellungnahme [110] abgesehen, es als unproblematisch an, "daß auch der vollständige Zusammenschluß der Vermögen (von Wettbewerbern) den Zweck und die Wirkung der Wettbewerbsbeschränkung haben kann" [111]. Auf eine Begründung dieses Ergebnisses wird durchweg verzichtet.

---

107) In dem zu RN 3.32 entwickelten Sinne.

108) Siehe hierzu BORCHARDT/FIKENTSCHER, insbes. S. 20 ff., 30 ff.; FIKENTSCHER, Rechtsschutz, insbes. S. 31 ff., 43 ff.; KNÖPFLE, Rechtsbegriff, insbes. S. 215 ff.; ders. JZ 1968, S. 292 ff.; LUKES, Verständnis des Wettbewerbs, S. 199 ff., 201 ff.; PLASSMANN, JZ 1968, S. 81 ff.; SANDROCK, Grundbegriffe, S. 79 ff., 102 ff., 207 ff.

109) RN 4.23.

110) DERINGER/HERRMANN, BB 1966, S. 1162 f.

111) MESTMÄCKER, Betrieb 1968, S. 839 Sp. 1 a.E.; ähnlich aaO., S. 838 Sp. 2; vgl. auch FIKENTSCHER, Systemfragen, S. 265 ff., HEFERMEHL, Beurteilung von Fusionen, S. 776, 778 f.

4.210 Dieser Verzicht ist verständlich, denn es gibt - soweit ersichtlich - keinen Begriff des Wettbewerbs und - mit der erwähnten Ausnahme - seiner Beschränkung, der die Auswirkungen von Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern nicht umfaßte.

4.211 Der Begriff "Wettbewerb" ist zwar in Einzelheiten umstritten, aber im allgemeinen [112] wird nur unwesentlich von dem Begriff abgewichen, den BORCHARDT und FIKENTSCHER [113] entwickelt haben und den zuletzt FIKENTSCHER [114] wie folgt bestimmt hat [115]: "Wirtschaftlicher Wettbewerb ist das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden oder Lieferanten) durch In-Aussicht-Stellung günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen." Es bedarf keiner näheren Ausführungen, daß in den eingeführten Beispielsfällen A, B, C, D und E vor ihrer vertraglichen Bindung "sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussende Anbieter" der Ware w sind, die "selbständig", nämlich unabhängig voreinander, "nach Geschäftsverbindung mit Kunden", nämlich nach dem Verkauf von w "streben", daß zwischen A, B, C, D und E also eine Beziehung besteht, die die Merkmale des Begriffes "Wettbewerb" enthält.

4.212 Von "Beschränkung des Wettbewerbs" spricht man dann, wenn das selbständige Streben von Wettbewerbern um Geschäftsverbindungen mit Dritten verhindert, verringert

---

112) Grundsätzlich anders - Wettbewerb als Zustand - allerdings BEHRENS, NJW 1958, S. 482 f. und KNÖPFLE, Rechtsbegriff, S. 215 ff., 222.

113) AaO., S. 14 ff.

114) WuW 1961, S. 798.

115) Eine Übersicht über die bisherigen Definitionen bietet SANDROCK, Grundbegriffe, S. 103 - 122, seine eigene Definition ebd. S. 129 f.

(4.212) oder beseitigt wird [116]. Dieses Streben wird durch die Fusion von Wettbewerbern, also in unseren Beispielen durch die Fusion von A, B, C, D und E, mindestens ebenso beseitigt wie durch jeden Kartellvertrag. Die Auswirkungen von Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern fallen also unter den von der ganz herrschenden Lehre gebilligten Begriff der Beschränkung des Wettbewerbs.

4.22 Dieser Argumentation könnte entgegengehalten werden, sie verwende Begriffe, ohne die Begriffsbildung auf mögliche Fehlerquellen überprüft und ohne nachgewiesen zu haben, daß bei der Bildung des Begriffs "Beschränkung des Wettbewerbs" die Frage berücksichtigt worden sei, ob die Fusion von Wettbewerbern zu einer Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne des Kartellverbots führe. Dieser Nachweis ist jedoch entbehrlich. Ob man den Begriff "Wettbewerb" als ein bestimmtes Verhalten von Rechtssubjekten und als Gefüge von Verhaltenszwängen oder als einen bestimmten Zustand definiert, über ein Merkmal besteht absolute Einigkeit: zum "Wettbewerb" gehört, daß auf einem bestimmten Markt "viele miteinander konkurrieren" [117], viele Anbieter oder Nachfrager gleichzeitig und unabhängig voneinander eine bestimmte Ware oder Dienstleistung anbieten bzw. nachfragen [118]. Das bedeutet: die Voraussetzungen des Wettbewerbs und damit der Wettbewerb werden verändert, wenn die Zahl der unabhängigen auf einem Markt tätigen Wettbewerber durch den Abschluß geeigneter Gesellschaftsverträge vermindert wird. Und es besteht wiederum absolute Einigkeit darüber, daß das Kartellverbot gerade gegen Veränderungen des bestehenden Wettbewerbszustandes durch Verminderung der Zahl der voneinan-

---

116) Vgl. BORCHARDT/FIKENTSCHER, S. 46 ff.; FIKENTSCHER, Rechtsschutz, S. 43 ff.; PLASSMANN, aaO., S. 87/88; SANDROCK, aaO., S. 209 ff.

117) BÖHM, Monopolkampf, S. 1.

118) Vgl. BORCHARDT/FIKENTSCHER, S. 31 f.; FRICKE, S. 134; MÜLLER-HENNEBERG im Gemeinschaftskommentar, S. 63; SEITZ, S. 83 ff. m.w. Nachweis.

(4.22) der unabhängigen Anbieter oder Nachfrager eines Marktes gerichtet ist [119]. Das in diesem Verbot enthaltene Tatbestandsmerkmal muß daher (mindestens auch) den Inhalt haben: Verminderung der Zahl der auf einem Markt tätigen, voneinander unabhängigen Wettbewerber. Eine derartige Verminderung der Zahl der Wettbewerber wird aber durch Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern mindestens ebenso herbeigeführt wie durch Kartellverträge; in aller Regel ist die Verminderung der Zahl der Wettbewerber durch Fusionsverträge sogar viel einschneidender und eher endgültig, viel schwerer rückgängig zu machen als die Verminderung durch Kartellverträge.

4.230 Die Tatsache, daß Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern im Vergleich zu Kartellverträgen einschneidendere Wirkungen hinsichtlich der "Beschränkung des Wettbewerbs" typisch sind, ist offenbar Ausgangspunkt einer Argumentation, die die Wirksamkeit von Fusionsverträgen wie folgt zu begründen versucht [120]:

4.231 Eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von § 1 GWB erfordere zumindest eine Beschränkung der Handlungsfreiheit der Beteiligten bezüglich ihrer Wettbewerbshandlungen. Eine solche Beschränkung der unternehmerischen Handlungsfreiheit sei bei einem Fusionsvertrag [121] nicht

---

119) Dieser Normzweck ist es, der die Freistellung von Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern problematisch macht und z.B. MIETHKE, S. 98 f. folgern läßt, konzernbildende Verträge fielen unter das Kartellverbot.

120) DERINGER/HERRMANN, Betrieb 1966, S. 1162 f.; ähnlich WINNEFELD, S. 101.

121) DERINGER/HERRMANN erwähnen zunächst (S. 1162 Sp. 2) nur konzernbildende Verträge, beziehen später jedoch auch die Verschmelzung von Aktiengesellschaften in ihre Argumentation ein (S. 1163 Sp. 1).

(4.231) gegeben. Eine "Beschränkung" der unternehmerischen Handlungsfreiheit setze begrifflich voraus, daß noch etwas - nämlich ein Minimum an unternehmerischer Handlungsfreiheit - übrig bleibe. Das sei bei Konzernbildung oder Verschmelzung [122] gerade nicht der Fall: durch sie werde die Handlungsfreiheit des einzelnen Unternehmens nicht beschränkt, sondern beendet.

4.232 Ohne zu klären, was mit "unternehmerischer Handlungsfreiheit" im Verhältnis zur Handlungsfreiheit der Beteiligten gemeint ist, wird hier also die Wirksamkeit von Fusionsverträgen aus einer semantischen Nuance des Ausdrucks "beschränken" abgeleitet, wobei unerörtert bleibt, warum ein argumentum a fortiori ausgeschlossen sein soll [123]. So bleibt die entscheidende Sachfrage offen, warum Verträge, die die "unternehmerische Handlungsfreiheit" beseitigen, wirksam sind, Verträge, die die "unternehmerische Handlungsfreiheit" lediglich beschränken, hingegen nicht. Die These [124], "daß zwischen Kartellen einerseits und Konzentrationsvorgängen andererseits ein Wesensunterschied besteht, und daß die Einengung der unternehmerischen Handlungsfreiheit ein ganz andersartiger Tatbestand ist als der vollständige Verzicht auf jede wirtschaftlich selbständige unternehmerische Betätigung", vermag als unverhüllte petitio principii diese Lücke nicht zu schließen.

4.233 Die erwähnte Argumentation ist aber auch in sich un-

---

122) Siehe Anm. 121.

123) Der BGH hat in anderem Zusammenhang entgegengesetzt DERINGER/HERRMANN argumentiert: "Die Vereinbarung der Ausschaltung des Wettbewerbs - der stärksten Form der Beschränkung des Wettbewerbs -" ist unzulässig: BGH WuW/E 363 bei Ziff. 4 (Gasglühkörper).

124) DERINGER/HERRMANN, aaO., S. 1163 Sp. 1 am Ende.

(4.233) schlüssig. "Freiheit" ist ein personaler Begriff, d.h. "Freiheit" kann sinnvoll nur gemeint sein als Freiheit von Menschen [125]. Allein Menschen können frei sein, über die Durchführung von Wettbewerbshandlungen zu entscheiden, solche Handlungen rechtserheblich vorzunehmen oder zu unterlassen. Diese "unternehmerische Handlungsfreiheit" kann durch Verträge niemals "beendet", sondern immer nur - im Sinne der Umgangssprache - "beschränkt" werden [126]. Verträge mögen die Vornahme von Wettbewerbshandlungen erschweren (so etwa die Übertragung bestimmter subjektiver Rechte) oder pönalisieren (so die durch Vertragsstrafe gesicherte Vereinbarung von Unterlassenspflichten), die Möglichkeit, in Zukunft Wettbewerbshandlungen rechtswirksam vorzunehmen, wird dadurch nicht aufgehoben.

4.234 Die in sich unschlüssige Argumentation aus dem Gegensatz von "Beschränkung der unternehmerischen Handlungsfreiheit" und "Beendigung der unternehmerischen Handlungsfreiheit" - die uns in abgewandelter Form noch einmal begegnen wird [127] - kann nur auf der uneingestandenen (und möglicherweise unbewußten) Gleichsetzung von juristischer und natürlicher Person beruhen [128] und wird erst von dieser Gleichsetzung her verständlich: durch die Fusion "juristischer Personen" wird die Existenz mindestens einer "Person" vernichtet; da aber jede "Person" als "Inhaber von Handlungsfreiheit" ver-

---

125) "Die Möglichkeit, sein Handeln in eigener Verantwortung, gemäß einer von ihr erfahrenen Anforderung selbst zu bestimmen, heißt Freiheit" (LARENZ, Allgemeiner Teil, S. 57). Diese Möglichkeit haben nur Menschen.

126) Richtig PLASSMANN, JZ 1968, S. 87/88.

127) Unten RN 5.1.

128) Bei dieser handelt es sich letztlich um eine Rückkehr zu der längst - vgl. LARENZ, Allgemeiner Teil, S. 103 ff. - überwundenen Lehre OTTO v. GIERKES von der "realen Verbandspersönlichkeit".

(4.234) standen wird (als ob die Freiheit am Ausdruck "Person" und nicht an der Sache "Mensch" hinge), muß danach jemand die Fähigkeit zu freiem Handeln verloren haben! Zu diesem elementaren Mißverständnis hat wohl der Umstand beigetragen, daß bei "Fusion von Wettbewerbern" nur an Kapitalgesellschaften, also an "juristische Personen", gedacht wird. Die Haltlosigkeit der kritisierten Argumentation wird ja sofort sichtbar, sobald man sich der Möglichkeit der Fusion natürlicher Personen, die Wettbewerber sind, und der Notwendigkeit, solche Fusionen in Himblick auf das Kartellverbot ebenso zu beurteilen wie die Fusion von juristischen Personen, bewußt wird. Wenn der Zusammenschluß unserer fünf Menschen A, B. C, D und E zu einer OHG anders beurteilt wird als ihr Zusammenschluß zu einem Kartell, so mag der Grund dieser Differenzierung zweifelhaft sein; mit absoluter Sicherheit aber steht fest, daß die Differenzierung nicht mit der These zu begründen ist, die Handlungsfreiheit dieser Menschen werde nur in der zweiten Variante "beschränkt", in der ersten Variante dagegen "beseitigt"!

4.24 Andere Argumente für eine unterschiedliche Behandlung von Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern und (sonstigen?) Kartellverträgen sind in der Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Beschränkung des Wettbewerbs" weder vorgebracht noch vorzubringen.

4.3 Zum Tatbestandsmerkmal "Marktbeeinflussung"

4.30 § 1 GWB verbietet Verträge, die Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schließen, "soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen (durch Beschränkung des Wettbewerbs) zu beeinflussen". Danach bedürfen nach Klärung des Begriffs "Beschränkung des Wettbewerbs" noch zwei Fragen der Beantwortung: Was

(4.30) heißt "Beeinflussung" der "Erzeugung (wessen?) oder der Marktverhältnisse für (!) den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen" (im folgenden kurz: "Marktbeeinflussung")? Was bedeutet es, daß die "Verträge" zur Marktbeeinflussung durch Beschränkung des Wettbewerbs "geeignet" sein müssen? Von diesen Fragen ist die zweite vorerst zurückzustellen, da sie erst nach Klärung des Tatbestandsmerkmals, "Verträge" beantwortet werden kann.

4.310 Hinsichtlich der Auslegung des Merkmals "Marktbeeinflussung" besteht in Schrifttum [129], Rechtsprechnung [130] und Verwaltungspraxis [131] nahezu völlige Einigkeit. Danach fallen unter den Begriff die "Märkte" für "Waren oder gewerbliche Leistungen", d.h. die Märkte für alle Gegenstände, auf die sich üblicherweise Umsatzgeschäfte beziehen, also bewegliche Sachen, Grundstücke, gewerbliche und sonstige Schutzrechte, Forderungen, Dienstleistungen und Erzeugnisse von Autoren, Künstlern, Architekten und anderen Angehörigen freier Berufe [132]. Als "Markt" im Sinne des GWB wird dabei das Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage bezüglich konkre-

---

129) Vgl. BENKENDORFF, WRP 1962, S. 148 ff.; BORCHARDT/FIKENTSCHER, S. 26 ff.; CROMME, WuW 1969, S. 604 f.; JÄGER, S. 119 ff.; MÜLLER-HENNEBERG im Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 54; SANDROCK, Grundbegriffe, S. 212 f., 283 f.; ders., WuW 1969, 211.

130) BGH WuW/E 369, 373 (Kohlenplatzhandel); 486, 491 (Spar); 726 f. (Klinker).

131) Vgl. etwa BKartA WuW/E 145 (Doppelstecker); 773, 777 (Montanzement); 938, 940 (Gesellschaftsreisen II); 1031, 1032 (Flugcharterreisen).

132) Statt aller: RASCH/WESTRICK, § 1 Anm. 28.

(4.310) ter [133] vergleichbarer [134] Waren oder gewerblicher Leistungen verstanden. Verschiedene Begriffe von "Ware" oder "gewerblicher Leistung" können also nur zu unterschiedlichen Aussagen über die relevanten Märkte führen, sind aber für die Unterscheidung von Kartell- und Fusionsvertrag unerheblich. Denn die Frage, ob ein geschützter Markt vorliegt, stellt sich ebenso wie die Frage nach dem Begriff der Erzeugung [135] als Vorfrage bereits dann, wenn untersucht wird, ob die Partner eines Vertrages als Anbieter oder Nachfrager Wettbewerber sind. Diese Vorfrage ist für die Zeit des Vertragsschlusses zu beantworten; die Antwort kann durch etwaige Verschiedenheiten der Rechtsfolgen des Vertragsschlusses nicht berührt werden.

4.311 Von einer "Beeinflussung" des Marktes wird gesprochen [136], wenn nach Durchführung der interessierenden wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme durch Angehörige einer Marktseite den Angehörigen der anderen Marktseite hinsichtlich der Auswahl von Angeboten oder Nachfragen keine Ausweichmöglichkeiten oder nur Ausweichmöglichkeiten, deren Realisierung erhebliche Unbequemlichkeiten mit sich bringt, verbleiben.

---

133) BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 Anm. 47; RASCH/WESTRICK, § 1 Anm. 21. Maßgebend sind also tatsächliche Märkte und keine Märkte im Sinne wirtschaftswissenschaftlicher Modelle.

134) Die Frage nach der Vergleichbarkeit ist die sehr schwierig zu beantwortende Frage nach dem relevanten Markt, vgl. hierzu SANDROCK, Grundbegriffe, S. 126 ff., 374 ff. Die Frage ist indes hier ohne Bedeutung, weil vorausgesetzt wird, daß die fusionierenden Wettbewerber A, B, C, D und E die gleiche Ware herstellen und vertreiben.

135) Hierzu MÜLLER-HENNEBERG im Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 51.

136) Vgl. statt aller MÜLLER-HENNEBERG, wie in Anm. 129.

4.32 Werden durch einen Kartellvertrag die Marktverhältnisse in diesem Sinne "beeinflußt", dann muß diese Wirkung auch einem ceteris paribus von denselben Vertragspartnern abgeschlossenen Fusionsvertrag zukommen. Dieses Ergebnis gilt auch für alle anderen Definitionen des Begriffs der Beeinflussung der Erzeugung oder der Marktverhältnisse [137]. Dieser Feststellung entspricht es, daß in der Diskussion um das Problem der kartellrechtlichen Wirksamkeit von Fusionsverträgen (d.h. strenggenommen: um die Frage der Wirksamkeit konzernbildender Verträge [138]) von niemandem angenommen wird, insoweit bestehe zwischen Fusionsverträgen und Kartellverträgen irgendein relevanter Unterschied [139].

4.33 Im Gegenteil: wie schon hinsichtlich des Merkmals "Beschränkung des Wettbewerbs" liegt eher ein argumentum a fortiori nahe: wenn schon eine Preisabsprache zwischen Wettbewerbern die Marktverhältnisse beeinflußt - und das ist unstreitig dann der Fall, wenn die Parteien der Preisabsprache konkurrierende Oligopolisten sind - so sind die Marktverhältnisse erst recht beeinflußt, wenn die gleichen Oligopolisten sich durch Fusion zusammenschließen und dadurch ihre sämtlichen Wettbewerbshandlungen koordinieren. Es ist daher keine sinnvolle [140] Bestimmung des Begriffs der Marktbeeinflussung denkbar, nach der nur die Auswirkungen eines Kartellvertrages, nicht aber die eines Fusionsvertrages zwischen Wettbewerbern unter den Begriff subsumiert werden können.

---

137) Solche Definitionen bieten BORCHARDT/FIKENTSCHER, S. 29; FIKENTSCHER, Rechtsschutz, S. 47; JÄGER, S. 124; SANDROCK, Grundbegriffe, S. 214.

138) Siehe RN 1.23.

139) Das Tatbestandsmerkmal wird freilich im erwähnten Zusammenhang nur selten diskutiert, so von MIETHKE S. 39 ff.; TILMANN, S. 163.

140) In dem zu RN 3.32 entwickelten Sinne.

4.4 Zum Tatbestandsmerkmal "Vertrag"

4.40 Der Begriff des Vertrages i.S. von § 1 GWB wird teilweise abweichend vom Vertragsbegriff der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre bestimmt, damit er auch die sogenannten gentlemen agreements umfaßt, die man nach § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB [141] bekämpfen will [142]. Diese Bestimmung ist jedoch für unsere Untersuchung ohne Interesse. Sie führt zur Bildung eines Oberbegriffes, der sowohl Verträge im Sinne der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre als auch gentleman agreements umfaßt. Verträge im Sinne der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre sind aber sowohl die "echten" Kartellverträge wie die Fusionsverträge. Im folgenden wird daher der Ausdruck "Vertrag" für den Begriff der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre verwendet, also für die korrespondierenden Willenserklärungen von mindestens zwei Rechtssubjekten, die auf die Begründung oder Änderung [143] eines Rechtsverhältnisses gerichtet sind.

4.41 Dieser Vertragsbegriff umfaßt also sowohl Verpflichtungsgeschäfte wie Verfügungsgeschäfte. Daß das Kar-

---

141) Eine Ordnungswidrigkeit begeht, wer sich vorsätzlich über die Unwirksamkeit eines Vertrages ... hinwegsetzt, der nach den §§ 1 ... unwirksam ist."

142) Zum Problem vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 Anm. 19; TILMANN, S. 23 und passim; REINHARDT, S. 27 u. 40 f.; ENNECERUS-NIPPERDEY, S. 898 bei Anm. 11; LUKES, Kartellvertrag, S. 123, 130, 253 ff., 270 f. und passim, MÜLLER-HENNEBERG im Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 12 (S. 121); BGH JZ 1971, S. 391, 393 Sp. 1 (Teerfarben).

143) Mit "Änderung" sind Subjektänderungen (Übertragung, Belastung), Inhaltsänderungen und die Aufhebung gemeint. Die Zusammenfassung dieser Folgen empfiehlt sich, um der Dichotomie der Geschäftsarten (Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte oder obligatorische und dingliche Geschäfte) eine Dichotomie der Rechtsfolgen (Begründung und Änderung eines Rechtsverhältnisses) gegenüberzustellen.

(4.41) tellverbot Verpflichtungsgeschäfte trifft [144], ist unbestritten, auch wenn über den für die Erfüllung des Tatbestandes des Rechtssatzes erforderlichen konkreten Inhalt solcher Verträge keine Einigkeit besteht [145]. Daß das Kartellverbot Verfügungsgeschäfte erfasse, wird, soweit ersichtlich, von niemandem behauptet, und wäre auch angesichts des in § 1 GWB enthaltenen weiteren auf das Tatbestandsmerkmal "Verträge" bezogenen Merkmals "zu einem gemeinsamen Zweck" kaum zu begründen.

4.42 Daß der auf Gründung einer OHG gerichtete Vertrag zumindest auch Verpflichtungsgeschäft ist, bedarf keiner näheren Darlegung. Ebenso ist unzweifelhaft, daß auch die im Aktiengesetz geregelten Fusionsverträge, der Verschmelzungsvertrag (§ 341) und die Unternehmensverträge (§§ 291 f.) Verpflichtungen begründen, also auch obligatorische Geschäfte sind. Für unsere Frage nach dem Grund der unterschiedlichen Behandlung von Kartellverträgen und Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern bietet sich daher im Zusammenhang der Auslegung des Vertragsbegriffes des § 1 GWB allenfalls das Argument, das Kartellverbot betreffe nur solche Verträge, die entweder ausschließlich Verpflichtungsgeschäfte sind oder ausschließlich bestimmte Verpflichtungen (etwa nur Unterlassungs- und Schadensersatzpflichten und gerade nicht Verpflichtungen zu Verfügungen) begründen.

4.43 Ganz abgesehen davon, daß eine solche Argumentation nur die Objekte der unterschiedlichen Behandlung (Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern und Kartellverträge) näher beschriebe, das Entscheidende aber, den

---

144) Vgl. MÜLLER-HENNEBERG, aaO., § 1 Anm. 15.

145) Hierzu vorläufig BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 GWB Anm. 17; MÜLLER-HENNEBERG, aaO., Anm. 16.

(4.43) Grund dieser Differenzierung, nicht erfaßte, läßt sich die Argumentation nicht halten. Wie immer das "organisationsrechtliche" Mehr, das Gesellschaftsverträgen im Vergleich zu reinen Verpflichtungsgeschäften zukommt, zu bestimmen und zu qualifizieren sein mag, ein solches Mehr begegnet auch bei Kartellverträgen, soweit sie die Organisation einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts bewirken.

4.44 Ist demnach die These, das Kartellverbot betreffe nur Verträge, die ausschließlich Verpflichtungsgeschäfte sind, unhaltbar, so bleibt doch zu fragen, ob nicht dem Kartellvertrag die Beschränkung auf bestimmte Verpflichtungen wesentlich ist, eine Beschränkung (etwa auf Unterlassungs- und Schadensersatzpflichten und keine Verpflichtungen zu Verfügungen), die für Fusionsverträge nicht gilt. Dazu ist festzustellen, daß solche Beschränkungen "typisch" sein mögen, notwendig können sie nicht sein, da sonst jeder Kartellvertrag durch Aufnahme weiterer Inhalte wirksam gemacht, das Kartellverbot spielend leicht umgangen werden könnte. So könnte den Mitgliedern des Kartells die Verpflichtung auferlegt werden, an allen bereits vorhandenen und zukünftigen Waren, an denen die einzelnen Mitglieder Eigentum oder Anwartschaftsrechte als Eigentumsvorbehaltskäufer erwerben, nach § 930 BGB Gesamthandseigentum der Gesellschafter zu begründen (diese Verpflichtung könnte durch antezipatorische Verfügung, die mit dem Kartellvertrag zugleich getroffen würde, alsbald erfüllt werden); ermächtigen die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit sodann jeden einzelnen Gesellschafter zur Veräußerung dieser Ware zu einem bestimmten Preis (den die Gesellschafter gemeinsam beschlossen haben), so ist erreicht, daß über die vom Kartellvertrag betroffenen Waren von den einzelnen Kartellmitgliedern zum vereinbarten Preis verfügt werden muß. Und es kann keinem Zweifel unterliegen, daß solche Verträge, wenn die nur durch Schadensersatzansprüche sanktionierte

(4.44) Preisabsprache als "typisches" Kartell verboten ist, "erst recht" vom Verbot betroffen sein müssen.

4.45 Die Auslegung des Vertragsbegriffes des Kartellverbots bietet also für die unterschiedliche Behandlung von Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern und Kartellverträgen kein tragfähiges Argument.

4.5 Zum Tatbestandsmerkmal "Eignung zur Marktbeeinflussung"

4.50 Das Kartellverbot trifft nicht schlechthin Verträge, die zu einer Marktbeeinflussung durch Beschränkung des Wettbewerbs führen, sondern nur Verträge, die zu einer solchen Beeinflussung "geeignet" sind. Dieses Tatbestandsmerkmal ist eingeführt worden, um den aus der Zeit der Geltung der Kartellverordnung von 1923 stammenden Streit [146] zu erledigen, ob für den Begriff des Kartellvertrages notwendig ist, daß die Vertragspartner die Absicht der Marktbeeinflussung haben (für unsere Beispielsfälle: ist eine Preisabrede zwischen A, B, C, D und E nur dann unwirksam, wenn die gemeinsame Preispolitik verabredet wird, um die Marktverhältnisse für w zu beeinflussen, oder ist die Preisabsprache auch dann unwirksam, wenn A, B, C, D und E die Abmachung in dem Glauben treffen, die verabredete Wettbewerbsbeschränkung beeinflusse die Marktverhältnisse nicht?). Die Frage ist durch die bewußte [147] Verwendung des Ausdrucks "geeignet", dem in der Umgangssprache ein Vorverständnis in Richtung auf "generell ge-

---

146) Vgl. FIKENTSCHER, Rechtsschutz, S. 49 f.; Frankfurter Kommentar, § 1 Tz. 48; MÜLLER-HENNEBERG im Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 16. In dem Streit ging es letztlich um die Konkretisierung des Kartellbegriffes; vgl. LIEFMANN, Kartelle, S. 10; MÜLLENSIEFEN/DÖRINKEL, Kommentar, Ziffer V, 10 f. Unter dem GWB kann der Streit allenfalls noch im Rahmen von § 1 GWB bedeutsam werden.

147) Vgl. Bundestagsdrucksache II/1158 (Begründung zum Entwurf eines GWB), Ziffer 3e zu § 1.

(4.50) eignet" oder "objektiv geeignet" zukommt, eindeutig dahin entschieden worden, daß eine Absicht der Parteien, die Marktverhältnisse zu beeinflussen, nicht Tatbestandsmerkmal des Kartellverbots ist [148].

4.510 Es bleibt jedoch die Frage, ob ein Vertrag bestimmte Regelungen enthalten muß, um i.S. des Kartellverbots zur Marktbeeinflussung "geeignet" zu sein. Diese Frage wird im Schrifttum [149] und in der Spruchpraxis der Kartellbehörden [150] eingehend erörtert. Es werden im wesentlichen [151] zwei Auffassungen vertreten, von denen eine als "Gegenstandstheorie" [152], die andere als "Folgetheorie" [153] bezeichnet wird. Das Sachproblem,

---

148) So auch Frankfurter Kommentar, § 1 Tz. 48, 49; MÜLLER-HENNEBERG, aaO., RASCH-WESTRICK, § 1 Anm. 27; TILMANN, S. 83.

149) Vgl. die ausführlichen Nachweise bei FIKENTSCHER, Interessengemeinschaft, S. 47; JÄGER, S. 28; SANDROCK, Grundbegriffe, S. 237 f.; TILMANN, S. 57, 76.

150) Vgl. BKartA WuW/E 908 (Preislisten); BB 1969, S. 1501 f. (Stickstoff-Düngemittel); OLG Stuttgart WuW/E OLG 650.

151) Eine Mittelmeinung vertritt FIKENTSCHER (WuW 1960, S. 681 f.; Interessengemeinschaft, S. 47): Der Tatbestand des § 1 GWB sei erfüllt, "wenn ein Gesellschaftsvertrag beliebigen Inhalts zu einer mit dem Vertragsschluß bezweckten Wettbewerbsbeschränkung führt; ferner wenn die Pflicht zur Wettbewerbsbeschränkung Hauptinhalt des Vertrages ist; und schließlich, wenn die Wettbewerbsbeschränkung Inhalt einer vertraglichen Nebenpflicht ist, deren Erfüllung nach §§ 705, 242 GWB eingeklagt werden oder deren Verletzung zum Unterlassungs- oder zum Schadenersatzanspruch führen könnte, wenn das Kartell ... wirksam wäre".

152) Sie wird vertreten von BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 GWB Anm. 28; BENISCH, Betrieb 1969, S. 247 f.; Frankfurter Kommentar, § 1 Anm. 26, 28; JÄGER, insbes. S. 86 f.; MÜLLER-HENNEBERG im Gemeinschaftskommentar § 1 Anm. 31; RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 179, Ziff. 619; wohl auch LUKES, Kartellvertrag, S. 150 ff.

153) Siehe u.a. BENKENDORF, WRP 1962, S. 313; RIEGER, S. 106 ff.; INGO SCHMIDT, WuW 1963, S. 104; SANDROCK, Grundbegriffe, S. 239 ff.; WINNEFELD, S. 37 ff.

(4.510) um das es in beiden Theorien geht, wird von SANDROCK [154] formuliert als die Frage nach dem Verhältnis von Kartellvertrag und "Objekt" des Kartellvertrages, von anderen [155] als die Frage, ob den Tatbestand des Kartellverbots nur Verträge erfüllen, aus denen sich eine Wettbewerbsbeschränkung unmittelbar ergibt, oder ob es ausreicht, daß aus einem Vertrag eine Wettbewerbsbeschränkung mittelbar folgt. Nach FIKENTSCHER [156] ist problematisch, "ob man in § 1 GWB der 'Gegenstandstheorie' oder der 'Folgetheorie' den Vorzug gibt. Die Gegenstandstheorie verlangt über den Wortlaut des § 1 GWB hinaus und gestützt auf den traditionellen deutschen Kartellbegriff, daß Inhalt des Vertrages gem. § 1 GWB die Pflicht zur Wettbewerbsbeschränkung ist. Die Folgetheorie wendet § 1 GWB auch dann an, wenn - wie § 1 GWB es anzudeuten scheint - ein Vertrag zu gemeinsamem Zweck beliebigen Inhalts irgendwie geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung hervorzurufen."

4.511 Die Gegenstandstheorie wurde entwickelt, um begründen zu können, daß die Errichtung von Einkaufsgenossenschaften von § 1 GWB nicht betroffen werden soll [157]. Die Errichtung von Einkaufsgenossenschaften erfüllt zweifelsfrei dann den Tatbestand des § 1 GWB, wenn die Genossen verpflichtet sind, ausschließlich über die Genossenschaft zu beziehen [158], soll jedoch nicht unter das Kartellverbot fallen, wenn eine solche Verpflichtung nicht besteht. Um dieses wirtschaftspoli-

---

154) AaO., S. 236/237.

155) TILMANN, S. 57.

156) Interessengemeinschaft, S. 46.

157) Vgl. zu diesem historischen Hintergrund SANDROCK, aaO., S. 237/238 mit ausführlichen Nachw., insbes. Anm. 29.

158) Vgl. MÜLLER-HENNEBERG, aaO.

(4.511) tisch erwünschte Ergebnis zu begründen, argumentierte man, eben das Fehlen einer rechtlichen Verpflichtung zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten führe dazu, daß die Errichtung solcher Einkaufsgenossenschaften vom Kartellverbot nicht betroffen sei [159]. Damit aber hatte man das Vorhandensein einer solchen Verpflichtung zum Merkmal des Tatbestandes des Kartellverbots gemacht, freilich ohne Voraussetzungen und Inhalt dieser Verpflichtung eindeutig zu klären.

4.512 Nach MÜLLER-HENNEBERG [160], einem der entschiedensten Vertreter der Gegenstandstheorie, ist es nicht erforderlich, daß der Vertrag bestimmte Wettbewerbshandlungen ausdrücklich untersagt oder gebietet. Diesen unproblematischen Fällen der Tatbestandsverwirklichung müssen nach ihm gleichgestellt werden Sachverhalte, in denen die Parteien sich untereinander "zum Beispiel zu Ausgleichszahlungen für den Fall verpflichten, daß sie gewisse Mindestpreise unterbieten oder vereinbarte Mengengrenzen überschreiten. Dabei kommt es auf die ... Höhe der Ausgleichsbeträge nicht an. Schon die bloße Verpflichtung zum Mengenausgleich beschränkt den Wettbewerb, auch wenn wegen der Überschreitung des Kontingentes im übrigen weder Zahlungen geleistet noch andere Nachteile in Kauf genommen werden müssen" [161]. Diese Folgerung ist sicher richtig, aber auch trivial, denn die Verpflichtung zu Ausgleichszahlungen ist nichts anderes als die Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe für den Fall der Nichterfüllung einer Unterlassungspflicht (die wiederum die Funktion der Strafandrohung nach § 890 ZPO erfüllt). Andererseits ist MÜLLER-HENNEBERG jedoch der Ansicht, es genüge nicht, "daß nur ein gewisser Anreiz geschaffen wird,

---

159) Vgl. MÜLLER-HENNEBERG, aaO., SANDROCK, aaO.

160) AaO. und § 1 GWB Anm. 30; ebenso in WuW 1963, S. 891 f.

161) MÜLLER-HENNEBERG, aaO., Anm. 30.

(4.512) sich in einem die Chancen (einer) Marktseite begünstigenden Sinn zu verhalten; erforderlich ist vielmehr, daß Verpflichtungen begründet werden, die die Freiheit zur Vornahme bestimmter Wettbewerbshandlungen ebenso beschränken, wie ein ausdrücklicher Verzicht" [161]. Die Gründung einer Gesellschaft, die aufgrund ihrer Satzung verpflichtet ist, finanzielle Zuwendungen denen zu erbringen, die ihr Wettbewerbsverhalten in bestimmter Weise einrichten, fiele demnach nicht unter § 1 GWB, sofern die Satzung der Gesellschaft den Anspruchsberechtigten nur nicht die Pflicht auferlegt, den Kapitalbedarf der Gesellschaft zu decken [162]. Denn durch die Verfolgung des Gesellschaftszwecks würde lediglich ein Anreiz geschaffen, sich wettbewerbsbeschränkend zu verhalten, keinesfalls eine Verpflichtung hierzu.

4.513 Wie diese Unterscheidung zwischen "Verpflichtungen, die die Freiheit zur Vornahme bestimmter Wettbewerbshandlungen ebenso beschränken wie ein ausdrücklicher Verzicht" einerseits und dem "Anreiz" zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten andererseits zu rechtfertigen sein soll, ist nur schwer ersichtlich. In beiden Fallgruppen wird nicht unmittelbar eine Verpflichtung zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten begründet, sondern nur - aber in gleicher Weise! - die Motivation der einzelnen Wettbewerber angesprochen, nämlich ihr Streben, finanzielle Vorteile zu erlangen (= finanzielle Nachteile zu vermeiden). Insofern ist die Nichterlangung finanzieller Zuwendungen nicht anders zu beurteilen als die Auferlegung von Zahlungspflichten. Es macht für das Vermögen eines Wettbewerbers keinen Unter-

---

162) Gründung und längerfristige Existenz solcher Gesellschaften sind nicht unwahrscheinlich. Man denke etwa daran, daß ein kapitalkräftiger Wettbewerber die Gesellschaft ständig mit genügend Kapital ausrüstet, um den Markt einzufrieren.

(4.513) schied, ob er wegen der Vornahme einzelner Wettbewerbshandlungen Geld bezahlen muß oder (sonst sicheres) Geld nicht bekommt (vielleicht am einfachsten sichtbar in der völligen Identität des Schadensersatzanspruches, der dem Unternehmer in beiden Fällen gegen ungetreue Angestellte zustünde, deren Verhalten ihm als Vertragsverletzung zugerechnet wird). Entscheidungstheoretisch formuliert: der Wert der Handlungsalternative "Vornahme einer Wettbewerbshandlung, die nach dem Vertrag Rechtsfolgen auslöst" ist in beiden Fällen genau gleich; die Daten, die der Vertrag für die Entscheidungen der Vertragspartner setzt, sind hier wie da dieselben. Das aber kann nur die Folge haben, daß beide Vertragsgestaltungen von den wettbewerbspolitischen Wertungen, die hinter dem Kartellverbot stehen, her gleich zu werten sind.

4.52 Die Gegenstandstheorie erscheint daher - zumindest in ihrer schärfsten Ausprägung - abzulehnen, doch braucht die Streitfrage hier nicht weiter verfolgt zu werden, wenn aus ihrer Klärung kein Argument für die hier interessierende unterschiedliche Behandlung von Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern und Kartellverträgen zu gewinnen ist. Ein solches Argument wäre nur zu gewinnen, wenn die Begriffsbestimmung der Gegenstandstheorie gerade die Fusionsverträge ausschlösse. Das ist jedoch mit Sicherheit nicht der Fall, wie allein das Beispiel der Gründung eine OHG, bei der die Vertragspartner zur Unterlassung von Wettbewerbshandlungen verpflichtet sind (§ 112 HGB), zeigt. Die Begriffsbestimmung der Gegenstandstheorie müßte also innerhalb der Fusionsverträge differenzieren, und zwar nicht nach den verschiedenen Typen, sondern danach, ob im konkreten Vertrag Pflichten oder "Anreize" zur Unterlassung von Wettbewerbshandlungen begründet werden oder nicht. Auf diese Weise würde eine Differenzierung erreicht, nach der gerade alle unstreitigen Fälle von Fusionsverträgen wie die Verschmelzung

(4.52) juristischer Personen oder der vollständige Zusammenschluß mehrerer natürlicher Personen, die miteinander konkurrieren, und Konzernbildungen vom Kartellverbot erfaßt werden; umgekehrt wären nach dieser Differenzierung unzweifelhaft nicht als Fusionsverträge aufzufassende Gestaltungen, die kartellrechtlich durchaus problematisch sind, vom Kartellverbot auszunehmen. Eine solche Differenzierung wird - jedenfalls im Hinblick auf die Fusionsverträge - von niemandem als geltendes Recht behauptet. Die Gegenstandstheorie bietet daher für die Lösung der uns interessierenden Frage kein Argument.

4.53 Die gegensätzlichen Aussagen von Folge- und Gegenstandstheorie berühren das Kernproblem nicht, das für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Eignung zur Marktbeeinflussung" durch die gesetzliche Formulierung aufgeworfen wird: was kann es überhaupt für einen Sinn haben, von "Verträgen" zu sagen, sie seien "geeignet", die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen? "Verträge" sind bestimmte menschliche Handlungen, Willenserklärungen, die als solche niemals geeignet sein können, auf die Verhältnisse eines Marktes, auf das tatsächliche Gegenüber von Angebot und Nachfrage, irgendwie einzuwirken. Aber auch wenn man "Verträge" als die von den Vertragsparteien begründeten Rechtsverhältnisse begreift, ergibt die gesetzliche Ausdrucksweise noch keinen Sinn. Durch die Geltung eines vertraglichen Schuldverhältnisses allein, d.h. der durch den Vertrag begründeten Rechte und Pflichten können die Marktverhältnisse unter keinen

(4.53) Umständen beeinflußt werden [163]. Denn mit dem Ausdruck "Marktverhältnisse" sind - wie im Schrifttum ganz einhellig angenommen wird [164] - nicht die Beziehungen der Vertragspartner des Gesellschaftsvertrages untereinander angesprochen, sondern die Situation derjenigen, die an dem beabsichtigten Gesellschaftsvertrag nicht beteiligt sind, der Außenseiter und der Angehörigen der Marktgegenseite. Die Beziehungen dieser Personen untereinander und zu den Gesellschaftern werden durch die Geltung der sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Rechte und Pflichten allein nicht berührt. Solange die Gesellschafter eines Preiskartells es bei der bloßen Vereinbarung einer gemeinsamen Preispolitik bewenden lassen und ihre gemeinsame Preispolitik nicht in die Realität umsetzen, ändert sich an den Beziehungen Dritter zu ihnen aufgrund des Gesellschaftsvertrages nichts. Erst wenn die Gesellschafter sich vertragsgemäß verhalten, wenn sie den Gesellschaftsvertrag erfüllen, können sich die Beziehungen Dritter zu ihnen verändern, können die Marktverhältnisse beeinflußt werden [165]. Ein Vertrag ist also dann i.S. von § 1 GWB zur Marktbeeinflussung "geeignet", wenn seine Erfüllung zu einer Wettbewerbsbeschränkung

---

163) Ähnlich auch LUKES, Kartellvertrag S. 162/63, der jedoch nicht berücksichtigt, daß die "Auswirkungen" von Kartellverträgen sich immer nur aus der Erfüllung der vertraglich begründeten Pflichten ergeben können. Das wird besonders deutlich bei den sog. "Reflexwirkungen" von Kartellverträgen (LUKES, aaO., S. 173 ff.): gerade sie können sich immer nur aus der Erfüllung der Verträge ergeben.

164) Statt aller: MÜLLER-HENNEBERG im Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 52 m.w. Nachw.: BGH WuW/E 491 (Spar).

165) Aus diesem Grunde erscheint es höchst problematisch, bei der Auslegung des § 1 GWB des entscheidende Gewicht auf den Handlungswert des angestrebten Vertragsschlusses zu legen, was BALLERSTEDT, Handlungsunwert, S. 179 ff., passim vorschlägt.

(4.53) und "nach allgemeiner Lebenserfahren mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu einer Beeinflussung der Erzeugung oder der Marktverhältnisse führt" [166].

4.54 Es bleibt jedoch die Frage, ob es für die Anwendung von § 1 GWB genügt, daß die Erfüllung eines von mehreren Wettbewerbern abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages zu einer Koordination von Wettbewerbshandlungen führen kann, oder ob die Erfüllung zu einer solchen Koordination führen muß [167]. Diese Frage bedarf indessen hier keiner Entscheidung. Selbst wenn man der engeren Auslegung folgte, also forderte, daß die Vertragserfüllung zu einer Koordination von Wettbewerbshandlungen führen muß, erfüllen Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern regelmäßig das Tatbestandsmerkmal

---

(165)) Es ist gerade der wettbewerbsbeschränkende Erfolg, der die Versagung der Anerkennung privatautonomer Gestaltung rechtfertigt, hingegen nicht die Vornahme der vertragsbegründenden Akte allein.

166) MÜLLER-HENNEBERG im Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 53 in Übereinstimmung mit der ganz überwiegenden Lehre, statt aller RASCH/WESTRICK, § 1 Anm. 27.

167) So einfach und einleuchtend diese Fragestellung auch ist, in die Diskussion um das Problem, das Folge- und Gegenstandstheorie lösen wollen, ist sie bislang nicht eingeführt worden. Berücksichtigt man den Zusammenhang von Vertragserfüllung und Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung, so zeigt sich, daß die genannte Diskussion zum Teil Scheinprobleme, deren bedeutendsten das der Rechtssicherheit ist, zum Gegenstand hat. Die Anhänger der Gegenstandstheorie versuchen, ihre Ansicht vor allem mit dem Hinweis auf das Gebot der Rechtssicherheit zu erhärten, das durch ein der Folgetheorie entsprechendes Verständnis des Inhaltes von § 1 GWB verletzt würde (vgl. z.B. BENISCH, Betrieb 1968, S. 247 f.; JÄGER, S. 89 f.; MÜLLER-HENNEBERG, aaO., § 1 Anm. 31). In der Sache ist dies eine Übernahme spezifisch strafrechtlicher Gesichtspunkte in die Diskussion um die Auslegung des Kartellverbotes,

(4.54) der Eignung zur Marktbeeinflussung, weil durch die sich aus der Erfüllung von Fusionsverträgen ergebende gemeinschaftliche Rechtszuständigkeit der Vertragspartner an ihnen bislang getrennt zugewiesenen subjektiven Rechten und die Pflicht zur gemeinsamen Geschäftsführung den Gesellschaftern für einige Zeit jede Möglichkeit genommen wird, nicht koordinierte Wettbewerbshandlungen vorzunehmen. Die Erfüllung von Fusionsverträgen muß daher notwendig zu einer Koordina-

---

(167)) die zur Nichtberücksichtigung herkömmlicher zivilrechtlicher Argumente und Sachentscheidungen verleitet. Das wird besonders deutlich, wenn bei der Erörterung des Tatbestandsmerkmals "Eignung" ausgeführt wird, "es würde gegen das Postulat der Rechtssicherheit (verstoßen) ... (wenn) die Parteien möglicherweise unverschuldet (!) einen zivilrechtlich unwirksamen Vertrag schließen" (so GÜNTHER, Rückblick und Ausblick, S. 13 f.; GNAUK/LIEBERKNECHT, BB 1963, S. 1069/1070). Wer einen Zusammenhang zwischen Rechtssicherheit und Verschulden der Vertragsparteien herstellt, kann allein die Rechtssicherheit der Vertragsparteien meinen, muß letztlich also deren Vertrauen auf die Wirksamkeit ihrer vertragsbegründenden Handlungen schützen wollen. Ein solches Vertrauen wird im Zivilrecht nur im Hinblick auf das negative Interesse (vgl. §§ 122, 307 BGB) geschützt. Wie wenig das geltende Zivilrecht das Vertrauen von Vertragsparteien auf die Geltung ihrer privatautonomen Gestaltung schützt, zeigt § 134 BGB, der ein Verschulden nach einhelliger Ansicht nicht voraussetzt (vgl. statt aller ENNECCERUS/NIPPERDEY, S. 1154/1155). Die Argumentation mit Rechtssicherheit und Verschulden ist daher allenfalls für die Strafbarkeit nach § 38 GWB i.V. mit § 1 GWB von Belang.
Abgesehen von der grundsätzlichen Fragwürdigkeit des Argumentes der Rechtsunsicherheit, die durch der Folgetheorie zugerechnete Sachentscheidungen angeblich herausbeschworen wird, ist die Argumentation auch unschlüssig: ob die Erfüllung eines Gesellschaftsvertrages notwendig zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt, ist für die Vertragsparteien in aller Regel viel weniger sicher zu beantworten als die Frage, ob die Vertragserfüllung möglicherweise zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt.

(4.54) tion von Wettbewerbshandlungen führen.

4.55 Das Tatbestandsmerkmal "Eignung zur Marktbeeinflussung" ist also sinnvoll [168] nicht so zu bestimmen, daß es die unterschiedliche Behandlung von Kartellverträgen und Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern zum Ausdruck bringen könnte.

4.6 Zum Tatbestandsmerkmal "(Vertrag) zu einem gemeinsamen Zweck"

4.60 Der in § 1 GWB enthaltene Passus "zu einem gemeinsamen Zweck" knüpft an die Definition des Gesellschaftsvertrages in § 705 BGB an. Das Kartellverbot trifft also Verträge, durch die sich die Vertragspartner gegenseitig verpflichten, "die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern", Gesellschaftsverträge. Diese Qualifizierung ist in Schrifttum [169] - ausgenommen die Stellungnahme von LUKES [170] - und Rechtsprechung [171] unproblematisch und entspricht den Absichten des historischen Gesetzgebers [172]. Ob das Kartellverbot nur für Gesellschaftsverträge oder nicht auch für andere zu einem gemeinsamen Zweck abgeschlossenen Verträge [173] gilt, kann hier dahingestellt bleiben, da der Klärung dieser

---

168) In dem zu RN 3.32 entwickelten Sinne.

169) Vgl. Frankfurter Kommentar, § 1 Tz 28; JÄGER, S. 128 ff.; MÜLLER-HENNEBERG im Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 15; TILMANN, S. 33 ff.

170) Kartellvertrag, S. 108 ff., S. 126 f.

171) Vgl. BGH WuW/E 359, 361 (Gasglühkörper); BGH WuW/E 605, 607 (Flußspat).

172) Vgl. Bundestagsdrucksache II/1158 (Begründung zum Regierungsentwurf eines GWB), Anm. C, § 1 Ziffer 2.

173) So BALLERSTEDT, JuS 1963, S. 263; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 GWB Anm. 18; TILMANN, S. 31 ff.; anders die herrschende Lehre, vgl. statt aller JÄGER, S. 125 ff.

(4.60) Frage für unser Problem keine Bedeutung zukommt [174].

4.610 Problematisch ist dagegen, ob von dem Tatbestandsmerkmal die Förderung irgendeines beliebigen gemeinsamen Zweckes erfaßt wird oder ob das Merkmal nur erfüllt ist, wenn die Gesellschafter sich zur Förderung eines oder mehrerer gemeinsamer Zwecke ganz bestimmten Inhalts verpflichtet haben.

4.611 Die überwiegende Meinung läßt die Förderung irgendeines gemeinsamen Zweckes genügen [175]. Dafür spricht, daß in § 1 GWB keine Anforderungen hinsichtlich des Inhalts des gemeinsamen Zwecks aufgestellt werden.

4.612 Dennoch wird die Meinung vertreten, von § 1 GWB würden nur Verträge erfaßt, deren gemeinsamer Zweck auf eine Wettbewerbsbeschränkung gerichtet sei. § 1 GWB wird also ausgelegt, als ob er das Tatbestandsmerkmal "Verträge zu dem gemeinsamen Zweck, den Wettbewerb zu beschränken" enthielte [176]. Dabei wird es nicht als genügend angesehen, daß die Vertragspartner die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen des Vertrages kennen und wollen, das Merkmal soll vielmehr nur verwirklicht sein, wenn die Wettbewerbsbeschränkung einer der Zwecke (im allgemeinen umgangssprachlichen Sinne) des Vertrages oder dessen einziger Zweck ist, ein oder das einzige Vorhaben, das die Parteien zu ihrem Zusammenschluß bestimmt hat. Diese Auslegung [177] entspricht einer

---

174) Vgl. jedoch zu RN 4.62.

175) Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO., Anm. 17; HIRNER, S. 23 ff.; JÄGER, s. 128 ff.; QUANTZ, S. 42 ff.; TILMANN S. 79 ff.

176) So Frankfurter Kommentar, § 1 Tz. 8; GNAUK/LIEBERKNECHT, BB 1963, S. 1068 ff.; HEIMANN, S. 67.

177) Vgl. vor allem BALLERSTEDT, Handlungsunwert, S.185; MÜLLER-HENNEBERG im Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 16; ders. WuW 1963, S. 879 f.

(4.612) Tradition der deutschen Kartellrechtsgeschichte [178].

4.613 Wäre diese Auslegung richtig, so würden eine Vielzahl von Fusionsverträgen ausgeklammert: Zunächst solche, bei denen auch nach Fusion zwischen den Vertragspartnern Wettbewerb herrschen soll (was dadurch geschehen kann, daß die bisherigen "Unternehmen" Filialen werden, deren Leiter über die Vornahme von Wettbewerbshandlungen nach eigenem Ermessen entscheiden können) [179], weiter solche Fusionsverträge, bei denen die Parteien an wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen des Vertrages überhaupt nicht denken, schließlich solche, bei denen sich die Parteien zwar der Wettbewerbsbeschränkung bewußt sind, diese jedoch lediglich als unvermeidliches Ergebnis in Kauf nehmen, ohne das Ergebnis zu beabsichtigen. Gerade Fusionsverträge dieser letzten Art sind nicht selten, Fusionen, mit denen andere Zwecke als das Vorhaben einer Wettbewerbsbeschränkung verfolgt werden: etwa Verbesserung der Liquidität, Rationalisierung, Durchführung größerer Forschungsaufgaben, Alterssicherung und ähnliche existenzsichernde Maßnahmen. Es mag sinnvoll sein, gerade solche Fusionsverträge trotz ihrer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung nicht zu verbieten, weil die Realisierung derartiger Zwecke als so wesentlich bewertet wird, daß der Schutz des Wettbewerbs zurückzustehen hat. Aber diese Entscheidung könnte nicht auf Fusionsverträge beschränkt werden, sondern müßte für alle wettbewerbsbeschränkenden Gesellschaftsverträge gelten; sie würde darüberhinaus nicht schlechthin alle Fusionsverträge vom Kartellverbot ausnehmen.

---

178) Vgl. GNAUK/LIEBERKNECHT, aaO., S. 1069/1070 m.w. Nachw.

179) Die Aufrechterhaltung vom Wettbwerb zwischen den verschiedenen Filialen eines Unternehmens kann der Geschäftsleitung ("Konzernspitze") durchaus erstrebenswert sein, weshalb es nicht selten vorkommt, daß Filialbetriebe miteinander konkurrieren, vgl. FUNCKE, S. 77 m.w. Nachw.

4.614 Ob die ersterwähnte Konsequenz, daß alle Gesellschaftsverträge trotz wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen als wirksam anzusehen sind, wenn und weil die Parteien andere Zwecke als die Beschränkung des Wettbewerbs verfolgen, dem Kartellverbot überhaupt noch einen sinnvollen Inhalt läßt, mag bezweifelt werden. Ist ein Gesellschaftsvertrag nur unwirksam, wenn die Parteien eine Wettbewerbsbeschränkung beabsichtigen, so muß der Vertrag so lange als wirksam angesehen werden, als diese Absicht nicht nachgewiesen ist. Scheitert dieser Nachweis, so ist der Vertrag im praktischen Ergebnis wirksam, auch wenn in Wahrheit die Absicht der Wettbewerbsbeschränkung bestand. Ein solches Scheitern des Nachweises und damit die praktische Wirksamkeit des Vertrages aber würde geradezu zur Regel [180]. Selbst bei einem reinen Preiskartell wäre den Parteien die Einlassung nur schwer zu widerlegen, sie hätten sich zur gemeinsamen Preispolitik entschlossen, um die Kalkulationskosten zu vermindern und so billiger anbieten zu können, oder um höhere Gewinne zu erzielen, um für die Allgemeinheit bedeutsame Forschungsaufgaben durchführen zu können; die sich aus der Erfüllung des Gesellschaftsvertrages notwendig ergebende Wettbewerbsbeschränkung sei nur eine unumgängliche Folge, aber keineswegs der Zweck des Zusammenschlusses gewesen. Das Kartellverbot könnte jederzeit umgangen werden und würde - abgesehen von den wenigen Fällen, in denen das Verbot den Parteien unbekannt war [181] - auch regel-

---

180) Hinsichtlich der Beweisschwierigkeiten ähnlich BENISCH, Betrieb 1968, S. 250; a.A. GNAUK/LIEBERKNECHT, BB 1963, S. 1068 ff., die - freilich entgegen aller Lebenserfahrung - ausdrücklich verneinen, daß ihre Auslegung des Tatbestandsmerkmals "gemeinsamer Zweck" zu Beweisschwierigkeiten führen müsse.

181) In diesen wenigen Fällen würde aber gerade der subjektiv rechtstreue Wettbewerber betroffen, während der bewußt verbotswidrig Handelnde nur wegen größeren Geschicks in der Vorkehrung sonstiger Zwecke dem Verbot entginge!

(4.614) mäßig umgangen. § 1 GWB würde damit praktisch ausgehöhlt, ein Ergebnis, das schlechterdings zur Verwerfung der hier erörterten Auslegung führen muß, ganz abgesehen davon, daß diese Auslegung auch im Wortlaut keine Stütze hat [182] und dem Willen des historischen Gesetzgebers widerspricht [183].

4.615 Für unsere Untersuchung bedeutsamer ist die zweite Konsequenz der Auffassung, das Kartellverbot betreffe nur Gesellschaftsverträge, die zum Zwecke der Wettbewerbsbeschränkung geschlossen werden, solche Verträge aber ohne jede Ausnahme: die Notwendigkeit, zumindest einzelne bislang unzweifelhaft als Fusionsverträge behandelte Gestaltungen als vom Kartellverbot betroffen anzusehen, beispielsweise Verschmelzungsverträge, die nachweisbar zum Zwecke der Wettbewerbsbeschränkung abgeschlossen werden [184]. Diese Konsequenz wird von niemandem als geltendes Recht behauptet. Die erörterte Auffassung kann daher für die als geltendes Recht akzeptierte allgemeine Ausnahme aller Fusionsverträge kein Argument bieten [185].

---

182) Siehe zu RN 4.611.

183) Vgl. JÄGER, S. 127 ff.; TILMANN, S. 87 f.

184) Siehe zu RN 4.613.

185) Dieser Folgerung ist nicht dadurch zu entgehen, daß man eine Beweislastregel des Inhalts einführt, bei Kartellverträgen sei die Absicht der Wettbewerbsbeschränkung zu vermuten, bei Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern hingegen nicht. Eine solche Beweislastregel enthielte eine Wertung zu Gunsten der Wirksamkeit von Fusionsverträgen und zu Ungunsten der Wirksamkeit von Kartellverträgen, die ebenso der Begründung bedürfte, wie die Auffassung, Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern fielen generell nicht unter das Kartellverbot.

4.62 Ist danach eine besondere Zweckbestimmung nicht erforderlich, um einen Gesellschaftsvertrag zum Kartellvertrag i.S. von § 1 GWB zu machen, so bleibt doch zu erwägen, ob nicht besondere Zweckbestimmungen dazu führen können, einen Gesellschaftsvertrag von § 1 GWB auszunehmen. Im Ergebnis ist dies gerade hinsichtlich der uns interessierenden Fusionsverträge der Fall. Die angeschnittene Erwägung führt also zu der Frage, was denn an Auswirkungen oder Voraussetzungen Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern von (sonstigen?) Kartellverträgen unterscheidet, der Frage also, die in den folgenden Kapiteln erörtert wird. Die herrschende Auslegung des Tatbestandsmerkmals "(Vertrag) zu einem gemeinsamen Zweck" (= Gesellschaftsvertrag) jedenfalls beantwortet diese Frage nicht.

4.7 Zusammenfassung

Die Diskussion zur Auslegung von § 1 GWB erledigt unser Problem nicht. Auch nach ihr verwirklichen Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern den Tatbestand des Kartellverbotes. Diese Diskussion bietet also keine Argumente für die Begründung der unterschiedlichen Behandlung von Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern und Kartellverträgen im Hinblick auf das Kartellverbot.

5 Unterschiede zwischen Fusionsverträgen und (sonstigen?) Kartellverträgen in den Auswirkungen

5.1 Unterschiede hinsichtlich der "wirtschaftlichen Selbständigkeit" nach Zusammenschluß

5.10 Es ist üblich, das Kartell als einen Zusammenschluß von Unternehmen zu begreifen, die auch nach dem Zusammenschluß rechtlich und wirtschaftlich selbständig blei-

(5.10) ben [186], den Konzern als Zusammenschluß von Unternehmen, die nur rechtlich selbständig bleiben, und die Fusion als Zusammenschluß, bei dem die beteiligten Unternehmen sowohl die rechtliche wie die wirtschaftliche Selbständigkeit verlieren. Faßt man Fusion und Konzernbildung - wie dies hier geschieht - als "Abschluß von Fusionsverträgen" zusammen, so läßt sich diese Unterscheidung dahin formulieren, daß die Mitglieder von Kartellen nach dem Zusammenschluß ihre rechtliche und wirtschaftliche Selbständigkeit behalten bzw. ihre wirtschaftliche Selbständigkeit nur einengen, während die an einem Fusionsvertrag beteiligten Unternehmen ihre rechtliche und wirtschaftliche Selbständigkeit zugunsten eines neuen Unternehmens aufgeben [187].

5.110 Daß das "rechtlich und wirtschaftlich selbständig bleibende" Kriterium der Unterscheidung zwischen Fusionsverträgen und Kartellverträgen sein könnte, drängt sich auf, solange man nur an die Verschmelzung juristischer Personen zu einer juristischen Person oder an die "Eingliederung" juristischer Personen in einem Konzern denkt. Die Brauchbarkeit des Kriteriums wird fraglich, sobald man Fälle des Zusammenschlusses natürlicher oder juristischer Personen zu Personalgesellschaften ins Auge faßt.

5.111 Natürliche und juristische Personen behalten bei solchen Zusammenschlüssen mit Sicherheit ihre rechtliche

---

186) Vgl. etwa HEFERMEHL, Beurteilung von Fusionen, S. 785.

187) Diese Differenzierung war vor allem im älteren Schrifttum nahezu selbstverständlich, vgl. etwa HAUSSMANN, Grundlegung, S. 87; ders. Kartellbegriff, S. 6; LIEFMANN, Kartelle, S. 14. Die Differenzierung wird aber auch im Schrifttum zum GWB häufig vertreten, beispielsweise von BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 GWB Anm. 15; DERINGER/HERRMANN, BB 1966, S. 1160; Frankfurter Kommentar, § 1 Tz. 38 ff.; HEFERMEHL, aaO., S. 781/782; MÜLLER-HENNEBERG im Gemeinschaftskommentar, Vorbem. 1 zu § 1 GWB (S. 91); WÜRDINGER, WuW 1961, S. 746/747.

(5.111) Selbständigkeit. Das Kriterium ist daher allenfalls tauglich, wenn lediglich darauf abgestellt wird, ob die beteiligten Unternehmen wirtschaftlich selbständig bleiben. Dies tut § 1 des österreichischen Kartellgesetzes: "Kartelle im Sinne dieses Bundesgesetzes sind Zusammenschlüsse von wirtschaftlich selbständig bleibenden Unternehmen ..., die durch vertragliche Bindungen (Kartellvereinbarungen) eine Regelung oder Beschränkung des Wettbewerbs bewirken sollen." Auch im Schrifttum zum GWB [188] ist die Auffassung verbreitet, Verlust oder

---

188) So z.B. HEFERMEHL, LIEFMANN, MÜLLER-HENNEBERG, alle aaO., RINCK, JurJb Bd. 5, S. 130 f.; WINNEFELD, S. 100 ff. Im Ergebnis ebenso, allerdings unter Zweifeln und nur für das Verhältnis Konzern zu Kartell, auch HARMS, S. 123 ff., insbes. S. 136 f.: "Ähnlich der Einschränkung auf 'wirtschaftlich selbständige' Unternehmen bei der konzerninternen Beschränkung möchte man ihn (den Unternehmensbegriff) etwas praeter legem auf 'selbständig bleibende' Unternehmen zurückführen, um auch die Bildung von Konzernen ausklammern zu können. Man ist der Lösung damit gewiß nahe, ohne sie aber schon ganz erreicht zu haben." "Anknüpfungspunkt für die Ausklammerung der Konzernbildung aus dem Kartelltatbestand kann aber weder der 'gemeinsame Zweck' in § 1 GWB noch die 'Wettbewerbsbeschränkung' oder eine Spezialisierung durch die §§ 22 ff. GWB, sondern wiederum nur der Unternehmensbegriff sein. Es genügt jedoch nicht, diesen Begriff einfach auf selbständige Unternehmen zu reduzieren, um zur richtigen Konstruktion für die Freistellung der Konzernbildung zu kommen; dazu bedarf es einer genaueren Modifizierung." HARMS zweifelt jedoch selbst, ob ihm diese Modifizierung gelungen ist und begründet daher die Unterscheidung in erster Linie mit der einmütigen Billigung des Ergebnisses im Schrifttum (vgl. S. 123 f. und passim) sowie mit der Erwägung (S. 130), daß "das praktisch totale und unheilbare Verbot gewisser Arten der Zusammenschlüsse, dessen gesellschaftsrechtliche Wirksamkeit zudem noch fragwürdig wäre, alle bekannten Rechtsordnungen der Welt einschließlich der USA und sogar die extremsten Wünsche nach Verschärfung des GWB in den Schatten stellen (und) die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften über Verschmelzungen und Umwandlungen juristischer Personen aus den Angeln heben und das Konzernrecht auf die schon bestehenden Konzerne beschränken (würde)".

(5.111) Fortdauer der wirtschaftlichen Selbständigkeit der Beteiligten seien das Kriterium der Unterscheidung zwischen Fusion und Kartell.

5.12 Was dabei unter "wirtschaftlicher Selbständigkeit" zu verstehen sein soll, wird trotz der Häufigkeit der Verwendung dieses Ausdrucks nur sehr selten dargelegt. FIKENTSCHER [189] begreift wirtschaftliche Selbständigkeit als "eigene unternehmerische Entscheidungsmacht" [190], was unserem Begriff der Entscheidungsautonomie als der Befugnis, frei von besonderem rechtlichem Zwang, nur den allgemeinen Marktgegebenheiten unterworfen, über die Vornahme von Handlungen zu entscheiden, die für den wirtschaftlichen Erfolg oder Mißerfolg einer Entscheidungseinheit maßgebend sind, entsprechen dürfte. In der Tat ist eine andere Bestimmung kaum denkbar [191].

5.13 Diese "wirtschaftliche Selbständigkeit" kann jedoch den an der Gründung einer OHG oder an einer Verschmelzung mehrerer Aktiengesellschaften Beteiligten auch nach der Fusion noch zukommen, und umgekehrt den an einem "bloßen" Kartellvertrag Beteiligten genommen werden. Werden im ersten Falle die bislang getrennten Unternehmen als selbständige Filialen durch die vor dem Vertragsschluß jeweils zuständigen Gesellschafter oder Gesellschaftsverbände weitergeführt, bleibt es also diesen Personen oder Personengruppen überlassen, Preise, Produktionsmenge und -weise, Investitionen, Werbung usw. wie bisher eigenverantwortlich zu steuern, so kann die Entscheidungsautonomie dieser Personen oder Personengruppen weniger berührt sein, als wenn ein "bloßer" Kartellvertrag geschlossen worden wäre.

---

189) Interessengemeinschaft, S. 37.

190) Ähnlich DERINGER/HERRMANN, BB 1966, S. 1157 Sp. 2.

191) Auf jede Begriffsbestimmung verzichten etwa HARMS, S. 188 und LUKES, Kartellvertrag, S. 77.

(5.13) Und selbst wenn die Fusion "dingliche" Wirkungen für die Beteiligten hat, ihnen also die Befugnis, mit Wirkung für neue Unternehmen zu handeln, nicht beläßt, besteht "wirtschaftlich" kein Unterschied zu einem "blossen" Kartell, dessen Mitglieder nur "obligatorisch" gebunden sind, also zwar zu bestimmten vertragswidrigen Handlungen befugt bleiben, mit der Vornahme dieser Handlungen aber Leistungspflichten (Schadenersatz, Vertragsstrafe) auslösen, deren Erfüllung ihren wirtschaftlichen Ruin herbeiführen kann.

5.14 Das Kriterium der verbleibenden wirtschaftlichen Selbständigkeit mag also die Unterscheidung wettbewerbsbeschränkender Verträge in zwei Gruppen erlauben, aber diese Gruppen wären andere als die uns interessierenden: der vom Kartellverbot nicht betroffenen Gruppe (Verträge von "Unternehmen, die wirtschaftlich nicht selbständig bleiben") könnte nicht jede Gründung einer OHG, AG und GmbH, nicht jede Verschmelzung und nicht jede Konzernbildung zugeordnet werden, vielmehr müßten ausgenommen bleiben bislang unstreitig als erlaubte Fusionsverträge angesehene Gestaltungen, wenn im Einzelfall eine Gestaltung gewählt wird, die nicht zu einem Verlust der wirtschaftlichen Selbständigkeit der Vertragspartner führt; weiter müßte unter Zugrundelegung des genannten Kriteriums mancher Vertrag den erlaubten Fusionsverträgen zugerechnet werden, der bislang unzweifelhaft als verbotener Kartellvertrag angesehen wird.

5.15 Aber selbst wenn diese Unschärfen und Überschneidungen als irrelevant (weil "untypisch") angesehen würden, der Unterschied also dahin bestimmt würde, daß wettbewerbsbeschränkende Verträge vom Kartellverbot nicht betroffen sind, wenn Verträge dieses Typus normalerweise zum Verlust der wirtschaftlichen Selbständigkeit führen (also ohne Rücksicht darauf, was im konkreten Fall ge-

(5.15) schieht [192]), führt das Kriterium der verbleibenden wirtschaftlichen Selbständigkeit nicht weiter. Es würden nur die Gegenstände der Differenzierung (Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern - Kartellverträge) anders beschrieben (wettbewerbsbeschränkende Gesellschaftsverträge eines Typus, bei dem normalerweise die wirtschaftliche Selbständigkeit der Beteiligten verlorengeht - sonstige wettbewerbsbeschränkende Gesellschaftsverträge), aber nicht der Grund der Differenzierung einsichtig gemacht, ja das Abstellen auf statistische Häufigkeit ließe geradezu erkennen, daß mit den Unschärfen der Begriffsbildung bewußt Ungerechtigkeiten in Kauf genommen (die Gründung einer OHG mit "wirtschaftlich selbständig bleibenden" Filialen wäre erlaubt, weil sie atypisch ist!), daß Gegenstand und Grund der Unterscheidung in Wahrheit von der Begriffsbildung nicht erfaßt würden. Das einzig denkbare Argument für die Bevorzugung von Gestaltungen, die zu einem Verlust der wirtschaftlichen Selbständigkeit führen, könnte an die Überlegung anknüpfen, daß es in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung jedermann unbenommen bleiben muß, als Entscheidungseinheit, als "Wirtschaftssubjekt" aus dem Marktgeschehen auszuscheiden. Gerade diese Überlegung trifft aber für Fusionssachverhalte nicht zu, weil die fusionierenden Entscheidungseinheiten auch nach durchgeführter Fusion noch am Marktgeschehen teilnehmen.

5.2 Unterschiede hinsichtlich der Normsetzung für Dritte (Drittbezogenheit)

5.20 Um die Herausarbeitung spezifischer Begriffsmerkmale des Kartellvertrages (deren Bestimmung auch eine Ab-

---

192) Ohne diese - selbstverständlich rechtspolitisch wie dogmatisch ganz problematische - Einschränkung wird nicht mehr das geltende Recht begriffen, sondern eine Änderung bislang akzeptierter Entscheidungen (mit dem zu RN 5.14 erwähnten Inhalt) verlangt.

(5.20) grenzung zu den Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern erlauben könnte oder vielleicht sogar müßte) haben sich insbesondere BIEDENKOPF [193] und LUKES [194] bemüht.

5.210 BIEDENKOPF behandelt dabei Kartellverträge als eine Untergruppe der wettbewerbsbeschränkenden Verträge, ohne freilich die Fusionsverträge besonders zu erwähnen [195].

Er unterscheidet dabei [196] in Übereinstimmung mit dem herkömmlichen System der Schuldverträge zwischen gegenseitigen Verträgen, Gesellschaftsverträgen und vertraglicher Verpflichtung im Interesse eines anderen. Innerhalb jedes dieser sogenannten "Grundtatbestände" gibt es nach ihm [197] zwei Typen: einmal Verträge, die gerichtet sind "auf Teilnahme am wirtschaftlichen Austauschvorgang, sei es unmittelbar (gegenseitiger Vertrag), sei es qua wirtschaftliche Einheit, also mittelbar (gesellschaftsrechtliche Beziehung) ...", zum anderen Verträge, die "neben den Merkmalen der ersten Gruppe das zusätzliche Merkmal der Drittbezogenheit aufweisen, deren Verpflichtungsinhalt insoweit ohne Einschluß dieser Drittbezogenheit unverständlich bleibt, deren typische Parteiabsicht in der Einwirkung auf außerhalb des Rechtsverhältnisses liegende vertragliche Beziehungen

---

193) Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung, insbes. S. 87 ff.

194) Kartellvertrag, insbes. S. 121 ff.

195) Er spricht zwar einmal (S. 114) von der "Zusammenfassung wirtschaftlicher Macht", meint aber damit die durch internes Wachstum entstandene und nicht die sich aus der Fusion von Wettbewerbern ergebende.

196) S. 87 ff., insbes. S. 90 f., 94 ff.

197) S. 101 ff.

(5.210) besteht". Inhaltlich geht es in dieser zweiten Gruppe um "Verträge, die gerichtet (: sind) auf die Steuerung des Wirtschaftsprozesses" [198]. Zu dieser Gruppe gehören die wettbewerbsbeschränkenden Gesellschaftsverträge, die Kartellverträge. Bei diesen entstehe "ein gesellschaftsrechtliches Verhältnis, dessen Funktion nicht in einer gemeinsamen Teilnahme am Austauschprozeß, sondern in der Einflußnahme auf seinen Ablauf besteht" [199]. Bei typischen Kartellverträgen sei "die Parteiabsicht nicht auf die Bildung einer wirtschaftlichen Einheit zur gemeinsamen Teilnahme am Austauschvorgang, sondern auf das Verhalten der Gesellschafter außerhalb der Gesellschaft und gegenüber Dritten gerichtet" [200].

5.211 BIEDENKOPF leitet die Besonderheit wettbewerbsbeschränkender Vorgänge nicht aus der erwähnten Parteiabsicht ab, sondern distanziert sich ausdrücklich von der Annahme einer Relevanz des subjektiven Tatbestandes [201]. Entscheidendes Kriterium ist für ihn vielmehr eine allen wettbewerbsbeschränkenden Verträgen eigentümliche Monopolisierungstendenz, die sich aus wettbewerbsbeschränkenden Verträgen ergebende einseitige Normsetzungsbefugnis mindestens eines Vertragspartners gegenüber Dritten, die an dem Zustandekommen des Vertrages nicht beteiligt sind [202]. Die einseitige Normsetzung für Dritte sit für BIEDENKOPF Ausdruck wirtschaftlicher Macht [203], einer Macht, die bei Kartellverträgen allen Partnern des Vertrages zukomme und die zur faktischen Geltung von Normen führe [204], ohne daß bei der

---

198) AaO., S. 104.

199) AaO., S. 99.

200) AaO., S. 99.

201) AaO., S. 114 Anm. 21.

202) Vgl. insbes. aaO., S. 108 ff., 123 ff., 181 f.

203) S. 115 f.

204) S. 119.

(5.211) Gestaltung der Normen die Interessen der von der Normsetzung betroffenen Dritten gebührende Berücksichtigung finden [205]. "Die Vereinbarung von Wettbewerbsbeschränkungen stellt sich rechtlich als die Vereinbarung von Normen dar, die die Parteien der Vereinbarung ihrem Geschäfts-, das heißt Austauschverkehr mit Dritten zu Grunde zu legen sich verpflichten" [206].

5.212 Die Bestimmung des Kartellvertrages als "Normsetzungsvertrag" ist für unsere Untersuchung jedoch nur von Bedeutung, wenn sie ein Kriterium der uns interessierenden Differenzierung bietet. Eine Vereinbarung von Normen, die die Beteiligten in ihrem Geschäftsverkehr mit Dritten anzuwenden verpflichtet sind, findet jedoch auch beim Abschluß von Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern statt. Im Regelfall dürften zwar diese in Kartellvertragstexten umfassender beschrieben sein, als in Fusionsvertragstexten, weil für Fusionsverträge dispositive Gesetzesbestimmungen die ausdrückliche Vereinbarung solcher Normen erübrigen, aber dieser Unterschied ist ein rein äußerlicher und zufälliger (nicht notwendiger), bietet also kein sachliches Kriterium der Differenzierung.

5.22 LUKES [207] sieht die Besonderheit von Kartellverträgen in der in ihnen enthaltenen Setzung "tatsächlicher" Normen [208] oder in einer "Reflexwirkung" [209] für am Vertrag unbeteiligte Dritte, also in den "Auswirkungen" [210] von Kartellverträgen. Auch nach dieser Begriffsbe-

---

205) Vgl. S. 123.

206) BIEDENKOPF, S. 181.

207) Zitiert in Anm. [194].

208) LUKES, aaO., insbes. S. 213 ff.

209) AaO., insbes. S. 167 ff., 216 ff.

210) Hierzu vgl. vor allem LUKES, aaO., S. 159 ff.

(5.22) stimmung sind jedoch Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern Kartellverträgen zuzuordnen und das Gleiche gilt, wenn LUKES den Kartellvertrag definiert [211] als "Vertrag über Produktions- oder Absatzeinteilungen oder Regelaufstellungen für gewerbliche Güter oder Leistungen, der geeignet ist, die Position Dritter beim Abschluß von Einzelrechtsgeschäften zu verschlechtern und dadurch deren freie wirtschaftliche Betätigung zu beeinträchtigen".

5.23 So nützlich das Begriffsmerkmal "Drittbezogenheit" für die Erfassung einzelner sich aus dem Kartellverbot ergebender Probleme auch sein mag (so etwa für die Abgrenzung von kartellrechtlich unerheblichen Gewinngemeinschaften und Preiskartellen [212] oder für die Lösung der Streitfragen, die sich aus dem Bemühen um die Abgrenzung von erlaubter Kooperation und unerlaubter Kartellierung ergeben [213]), die Unterscheidung von Kartellverträgen und Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern kann mit seiner Hilfe nicht geleistet werden.

5.3 "Wirtschaftliche Unterschiede" zwischen Fusionen und Kartellen

5.310 Die Problematik der Sonderbehandlung von Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern hat MESTMÄCKER zu dem Versuch bestimmt, "die wirtschaftlichen Unterschiede

---

211) LUKES, aaO., S. 308.

212) Hierzu LUKES, aaO., S. 148, 306.

213) Das Merkmal "Drittbezogenheit" ist daher möglicherweise als (ein im Gesetz nicht genanntes) Tatbestandsmerkmal des Kartellverbots zu bestimmen. Was es begreift, kann jedoch auch dem Merkmal "Beschränkung des Wettbewerbs" zugerechnet werden. Das wird deutlich aus der Parallele zum Tarifvertrag, für den die Drittbezogenheit erstmals als dogmatisch und systematisch weiterführendes Merkmal "entdeckt" worden ist (vgl. ALFRED HUECK, Normenverträge IhJb 73, S. 36 ff. m.w. Nachweis). Tarifverträge beschränken ebenso wie Kartellverträge den Wettbewerb, indem sie Mindestpreise für Arbeitsleistungen festsetzen.

(5.310) von Kartell und Zusammenschluß anhand von Grenzfällen zu ermitteln, um sie alsdann in Beurteilungskriterien umzuformen" [214]. Für ihn besteht der maßgebliche wirtschaftliche Unterschied darin, daß bei Fusionen (in seiner Terminologie: "Zusammenschlüsse") "der Wirtschaftsplan der Unternehmen für eine vermögensmässige Einheit", bei Kartellen hingegen für eine "vermögensmäßige Vielheit entwickelt wird" [215].

5.311 Dieses Kriterium wird sofort fragwürdig, wenn man den Zusammenschluß natürlicher Personen zu einer OHG bedenkt. Wenn unsere fünf Gesellschafter A, B, C, D und E ihre bisherige Konkurrenz aufgeben und sich zu einer OHG zusammenschließen, so planen sie zumindest bei jedem größeren Engagement nicht (nur) für eine vermögensmäßige Einheit, die OHG, sondern auch und gerade für die vermögensmäßige Vielheit; sie werden mit an erster Stelle in ihr Kalkül aufnehmen die Chancen und Risiken, die in einem geplanten Engagement für jeden einzelnen Gesellschafter enthalten sind [216].

5.312 Im Kern zielt MESTMÄCKER's Argumentation auf die in der Wirtschaftstheorie häufig anzutreffende Behauptung, Fusionen führten im Gegensatz zu Kartellen zu einem gesamtwirtschaftlichen Produktivitätszuwachs, einer Leistungssteigerung [217], und zwar vorwiegend aus drei

---

214) Betrieb 1968, S. 839.

215) AaO.; in der Sache ebenso in Unternehmenszusammenschlüsse, S. 325 f. und - noch deutlicher - in Wettbewerbsrecht, S. 410.

216) Deshalb kann auch die Ansicht von DERINGER/HERRMANN, BB 1966, S. 1157 nicht weiterführen, daß nämlich beim Kartell im Gegensatz zur Fusion das unternehmerische Risiko bei jedem einzelnen Gesellschafter verbleibe: bei der Fusion natürlicher Personen findet eine Verlagerung des Risikos ebensowenig statt wie durch die Gründung eines Kartells.

217) Vgl. H.O. LENEL, Unternehmenswachstum, S. 492 ff. m.w. Nachw.; DÜRRHAMMER, S. 245.

(5.312) Gründen, auf die auch MESTMÄCKER inzidenter Bezug nimmt [218]: einmal sei die Bereitschaft, bestehende Überkapazitäten abzubauen, bei Unternehmen, die durch eine Fusion zusammengeschlossen seien, größer als bei Kartellmitgliedern; zum anderen sei die Zusammenfassung mehrerer Produktions-, Vertriebs- und/oder Verwaltungsapparate bei Fusionen eher optimal als bei Kartellen; schließlich seien Fusionen deshalb zu bevorzugen, weil durch sie für bislang getrennt tätige Unternehmen eine einheitliche Leitung eingeführt werde, ein Vorgang, der angesichts des Mangels an überdurchschnittlichen Unternehmerleitungen typischerweise zu einer besseren Anpassung des Gesamtunternehmens an die Marktverhältnisse führe und damit letztlich zu einem volkswirtschaftlich sinnvolleren Einsatz der Gesamtorganisation [219]. Es fehlt freilich nicht an Stimmen die diese Vorzüge unternehmerischen Wachstums lediglich den Fällen des sogenannten internen Wachstums von Unternehmen ("natürliches Wachstum") zuordnen, sie hingegen bestreiten für das sogenannte externe Wachstum von Unternehmen, also gerade für Fusionssachverhalte [220]. Die Vorbehalte leuchten ein: der typische Konflikt zwischen Kartellmitgliedern ist die sich aus den unterschiedlichen Gegebenheiten in den einzelnen dem Kartell angehörenden Unternehmen ergebende Auseinandersetzung um die gerechte Verteilung der Gewinne, die die Kartellmitglieder in ihrer Gesamtheit erzielen bzw. erwarten. Der Konflikt kann sich in ganz unterschiedlichen Fragestellungen äußern, sei es in der Festlegung der Kontingente, sei es in der Preisfestsetzung, sei es in der Begrenzung von Investitionen. Es ist zwar richtig, daß der Kon-

---

218) Betrieb 1968, S. 838 f.

219) Vgl. hierzu vor allem H.O. LENEL, aaO., S. 495 und passim.

220) Vgl. H.O. LENEL, aaO., S. 495 und passim: HOPPMANN, LENEL u.a., Zur Reform, S. 20 ff.; J.H. MÜLLER, Konzentration S. 124 ff., 128 ff. Ähnlich kritisch HUPPERT, WuW 1971, S. 463 f.

(5.312) flikt die Mitglieder eines Kartells während der Dauer des Kartells in aller Regel stets belastet und deshalb eine einheitliche Wirtschaftsplanung für alle Kartellmitglieder erschwert bzw. unmöglich macht [221]. Es wäre jedoch ein Trugschluß, aus der Tatsache, daß der Konflikt im durch Fusionsverträge entstandenen Unternehmen nicht bzw. nicht mehr aktuell auftritt und deshalb eine einheitliche Marktstrategie und Unternehmensplanung möglich ist, zu folgern, die für die Gesamtwirtschaft nachteiligen Folgen des Konflikts, nämlich Unternehmenswachstum ohne Produktivitätszuwachs, ergäben sich bei der Durchführung von Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern nicht. Der Konflikt ist zwischen denselben Partnern immer vorhanden, im Unterschied zu Kartellverträgen wird er jedoch bei Fusionsverträgen schon im voraus ausgetragen [222]. "Damit übernimmt das durch den Zusammenschluß entstehende neue oder vergrößerte Unternehmen unter Umständen eine schwere Hypothek, die allerdings eher gesellschaftsrechtliche als wettbewerbspolitische Probleme mit sich bringt. Relevant ist sie vor allem für horizontale Zusammenschlüsse von Anbietern gleicher Güter. Ebenso wie bei Aufkäufen von Unternehmen durch ein Kartell mit dem Ziel, diese Unternehmen auszuschalten, werden bei den Verhandlungen über den Zusammenschluß die dadurch zu erwartenden Mehrgewinne kapitalisiert. Je mehr die Ertragskraft des neu zu schaffenden oder zu vergrößernden Unternehmens gegenüber der Ertragskraft der bisherigen Unternehmen wächst, desto eher besteht - privatwirtschaftlich gesehen - die Hoffnung, Meinungsunterschiede über den Wert der zusammenzuschliessenden Unternehmen, die vor allem aus deren verschiedener Ertragskraft resultieren, durch einen Kompromiß 'nach oben' zu beheben. Man schätzt den Mehrgewinn,

---

221) Vgl. MESTMÄCKER, Betrieb 1968, S. 839 Sp. 1.

222) Hierzu und zum Folgenden vgl. H.O. LENEL, Unternehmenswachstum, S. 493 f.

(5.312) der sich in Zukunft durch den Zusammenschluß ergeben wird, und verteilt ihn anläßlich der Bewertung der zu übernehmenden Anteile oder Vermögensgegenstände der bisher selbständigen Unternehmen im voraus. Dabei können nicht nur beteiligte Unternehmen mit relativ schwacher Stellung bei den Verhandlungen und ihre Anteilseigner, sondern auch diejenigen schwer geschädigt werden, die später Anteile des neuen oder vergrößerten Unternehmens wegen dessen überkapitalisierung zu teuer erwerben" [223]. Die erhofften bzw. sich tatsächlich ergebenden Gewinne sind oft genug ebenso wenig wie bei einem Kartell auf Leistungssteigerungen zurückzuführen, sondern auf die sich aus der Wettbewerbsbeschränkung ergebende verstärkte Marktstellung der Unternehmen, die sich zusammengeschlossen haben [224].

5.313 Aber selbst dann, wenn Fusionen statistisch häufiger als Kartelle "zu einem höheren Grad von Wirtschaftlichkeit führen" [225] - eine wie ausgeführt, höchst problematische Prämisse - kann hieraus dennoch nicht überzeugend die Sonderbehandlung von Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern begründet werden. Kartellverträge haben nämlich gerade unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit gegenüber Fusionsverträgen den Vorzug, daß sie regelmäßig leichter rückgängig gemacht werden können; sie sind also aus Gründen der Wirtschaftlichkeit die empfehlenswerte Form des Zusammenschlusses, wenn infolge von Marktveränderungen oder fehlerhafter Prognosen der Zusammenschluß selbst sich als unwirt-

---

223) H.O. LENEL, aaO., S. 493/494.

224) Vgl. H.O. LENEL, aaO., S. 494. Zu Widersprüchen im Meinungsstand DÜRRHAMMER, S. 243 und KARL HAX, S. 418.

225) MESTMÄCKER, Betrieb 1968, S. 839 Sp. 1.

(5.313) schaftlich erweist [226]. Die einzelnen Argumente bleiben demnach auch in diesem Punkt kontrovers und sind nicht geeignet, die Unterscheidung einsichtig zu machen.

5.320 Um die Erarbeitung wirtschaftlicher Unterschiede zwischen Kartellverträgen einerseits und einer bestimmten Form von Fusionsverträgen, nämlich konzernbildenden Verträgen, andererseits hat sich auch HARMS [227] bemüht. HARMS sieht den Unterschied zwischen Kartell und Konzern lediglich in der weitergehenden "Souveränität der Kartellmitglieder" [228] (der Befugnis, aus dem Kartell auszuscheiden), der Abwesenheit eigener Gewinninteressen des Kartells im Gegensatz zum vorhandenen Eigengewinninteresse des Konzerns [229], der Tatsache, daß im Kartell weniger unternehmerische Funktionen gebunden werden als im Konzern [230] und schließlich der "Exklusivität", das ist die Möglichkeit eines Unternehmens, zwar mehreren Kartellen, aber nur einem Konzern angehören zu können [231].

5.321 Die von HARMS entwickelten Unterschiede können die Differenzierung zwischen Kartellverträgen und Fusionsverträgen natürlicher Personen, die Wettbewerber sind,

---

226) So hat beispielsweise der Supreme Court wiederholt festgestellt, "integration by merger is more suspect than integration by contract, because of the greater permanence of the former", so in Brown Shoe C. v.U.S., 370 U.S. 294, 332 (1962); U.S. v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321, 366 (1963).

227) Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 192 ff.

228) AaO., S. 192/193.

229) AaO., S. 194 ff., insbes. S. 196.

230) AaO., S. 197 f.

231) AaO., S. 199 f.

(5.321) nicht begründen. Die Möglichkeit des Ausscheidens kann im Kartell ebenso beschränkt werden wie in der Entscheidungseinheit, die durch Fusion (natürlicher Personen) entstanden ist, und sie kann hier wie dort niemals jenseits der Grenze des Rechts der Kündigung aus wichtigem Grund verlegt werden. Die Gewinninteressen sind immer nur solche der einzelnen Gesellschafter, niemals solche des Verbandes [232] (allenfalls auch solche der Verbandsfunktionäre). Daß im Kartell weniger unternehmerische Funktionen vergemeinschaftet werden als bei einer Fusion, ist zumindest solange unerheblich, als nicht angegeben wird, wo und wann Quantität in Qualität umschlägt [233]. Der "Exklusivität" schließlich kommt für natürliche Personen keine Bedeutung zu, so wahr fünf Wettbewerber ebenso leicht und gut zwei offene Handelsgesellschaften ("Konzerne") errichten wie zwei Gesellschaften des bürgerlichen Rechts ("Kartelle") bilden können.

5.330 FIKENTSCHER [234] begreift den wirtschaftlichen Unterschied zwischen Kartellverträgen und Fusionsverträgen von Wettbewerbern als den Unterschied zwischen - negativ zu beurteilender - Verfestigung einer bestehenden und - positiv zu bewertender - Änderung einer Marktstruktur [235]: "Kartelle und verwandte Tatbestände (: seien) wesensmäßig von der Konzentration" zu unterscheiden. Der Konzentration wohne "ihrer Natur nach zunächst gleichsam etwas Aufbauendes inne". Durch sie werde "eine neue wirtschaftliche Einheit geschaffen,

---

232) Diese Vorstellung, die im Gesellschafts- und Steuerrecht weit verbreitet ist, beruht wohl auf der - zu RN 4.14 kritisierten - begriffsjuristischen Gleichsetzung von natürlichen und juristischen Personen.

233) Zu diesem Problem siehe RN 6.1.

234) Systemfragen, S. 273 f.

235) Ebenso GÖTZ/RIEGER, JuS 1968, S. 393 Anm. 2; ähnlich HEIMANN, S. 43; QUANTZ, S. 81.

(5.330) die ..... allein bestimmend und planend im Wirtschaftsverkehr" auftrete. Ziel von Kartellverträgen sei demgegenüber "nicht die Schaffung einer neuen Wirtschaftseinheit, sondern nur negativ die Beschränkung des Wettbewerbs bei sonst beibehaltener Struktur ... Diese typischerweise andere Verteilung der Schwergewichte (: verlange) auch eine unterschiedliche rechtliche Behandlung" [236].

5.331 Die Argumentation FIKENTSCHERS überzeugt nicht. Kartelle sind ebenso Wirtschaftseinheiten wie durch Fusionsverträge entstandene Unternehmen. Inwieweit Konzentrationsvorgängen durch Fusion "ihrer Natur nach ... gleichsam etwas Aufbauendes innewohnt", Kartellverträgen hingegen nicht, macht FIKENTSCHER nicht deutlich. Er kann dies auch nicht. Denn es ist eine oft genug zu beobachtende Tatsache, auf die MESTMÄCKER [237] zu Recht hingewiesen hat, daß Kartellvereinbarungen nur ein Durchgangsstadium auf dem Weg zu vollständiger Konzentration durch Fusionsverträge oder konzernbildende Verträge sind.

5.4 Unterschiede hinsichtlich der Sozialadäquanz

5.40 Einen überraschenden Versuch, den Tatbestand des Kartellverbotes um ein Merkmal zu erweitern, das möglicherweise die Sonderstellung von Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern erfassen könnte, hat SPENGLER unternommen [238]. SPENGLER [239] begreift Wettbewerbsbe-

---

236) FIKENTSCHER, aaO., S. 273.

237) In Unternehmenszusammenschlüsse, S. 326.

238) In Rechtswidrigkeit, S. 35 ff. und passim; grundsätzlich zustimmend: LANGEN-BÖCKSTIEGEL, Kommentar, § 1 Anm. 62 ff.; MÜLLER-HENNEBERG im Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 60.

239) AaO., S. 37 ff.

(5.40) schränkungen als unerlaubte Handlungen, weshalb das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen überhaupt nur in Betracht komme, wenn die einzelne Vereinbarung nicht durch einen Rechtfertigungsgrund von dem jeweiligen Unrechtstatbestand ausgenommen sei. SPENGLER hält - bei Kartellvereinbarungen freilich nur ausnahmsweise [240] - folgende Rechtfertigungsgründe für möglich [241]: gesetzliche Erlaubnisse (z.B. § 112 HGB), Erlaubnisse der Kartellbehörden (etwa nach §§ 4, 5 Abs. 2 GWB), aus anerkannten Institutionen oder aus Gewohnheitsrecht sich ergebende Rechtfertigungsgründe (danach sollen die Einkaufsgenossenschaften des Handels und die GEMA erlaubt sein), den übergesetzlichen Notstand (wenn ohne Wettbewerbsbeschränkung ganze Wirtschaftszweige in eine akute Notlage gerieten) und schließlich die Sozialadäquanz (etwa von Preisstoppvereinbarungen sowie von Absprachen, Preiserhöhungen rückgängig zu machen). Mit den Thesen SPENGLERS hat sich SANDROCK [242] eingehend auseinandergesetzt, der ihnen, allerdings "nur im ganz Grundsätzlichen" [243], mit der Bemerkung zustimmt, der Rückgriff auf die Rechtswidrigkeitsproblematik sei ein "praktisch und methodisch höchst bedeutsamer Vorgang" [244].

5.410 Nach dieser Auffassung könnte die Unterscheidung von Kartellverträgen und Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern nur mit solchen Rechtfertigungsgründen erklärt werden, die ausschließlich bei Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern gegeben sind. Gesetzessätze oder Sätze des Gewohnheitsrechts, die die Geltung von Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern ausdrücklich zu-

---

240) AaO., S. 38.

241) AaO., S. 39 - 46.

242) Grundbegriffe, S. 311 ff.

243) AaO., S. 311.

244) SANDROCK, aaO., S. 329.

(5.410) lassen, gibt es jedoch nicht [245]. Ebensowenig sieht das deutsche Recht besondere Erlaubnisvorbehalte der Kartellbehörden für Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern vor. Der übergesetzliche Notstand schließlich kann ganz gewiß nicht nur Fusionsverträge rechtfertigen, die weniger weitgehende Kartellierung aber nicht.

5.411 Vom deutschen Recht vorausgesetzte Institutionen würden durch die Geltung des Kartellverbotes für Fusionsverträge nicht mehr in Frage gestellt als durch die Geltung des Rechtssatzes für Kartellverträge zwischen den gleichen Partnern. Als Beispiel einer schützenswerten Institution nennen SPENGLER [246] und SANDROCK [247] die Einkaufsgenossenschaften des Handels, deren Gesellschaftsverträge nach herkömmlicher Auffassung "an sich" Kartellverträge, jedoch vom Verbot nicht betroffen sind [248]. Diese "Institution" würde aber durch eine Geltung des Kartellverbots auch für Fusionsverträge überhaupt nicht betroffen [249]. Daß vom deutschen Recht als Institutionen vorausgesetzte Gesellschaftsformen durch eine Geltung des Kartellverbotes für Fusionsverträge nicht obsolet würden, ist bereits an anderer Stelle [250] dargelegt.

5.42 Eine Rechtfertigung von Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern könnte sich daher nur aus der sozialen Adä-

---

245) Siehe zu RN 2.2 - 2.5.

246) AaO., S. 41 f.

247) AaO., S. 319 ff.

248) Vgl. etwa BENISCH, Einkaufsmacht, WuW 1956, S. 486 ff.; WESTERMANN, Einkaufszusammenschlüsse, S. 10 ff.

249) Die gleichen Überlegungen treffen für die GEMA zu (hierzu SANDROCK, aaO., S. 316 ff.; SPENGLER, aaO., S. 41 f.).

250) Siehe zu RN 2.42.

(5.42) quanz solcher Verträge ergeben. Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern wären dann sozial adäquat, wenn sie und nur sie, nicht auch die Kartellverträge, sich "innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen und von ihr offensichtlich gestattet werden" [251]. Selbst wenn man von der besonderen Fragwürdigkeit des Rechtfertigungsgrundes der Sozialadäquanz im Rahmen eines Gesetzes absieht, das wirtschaftspolitische Ziele verfolgt [252], die keineswegs allgemein gebilligt werden, läßt sich ein Unterschied zwischen Kartellverträgen und Fusionsverträgen hinsichtlich der Sozialadäquanz nicht erkennen. Wenn überhaupt jemals eine bestimmte Form unternehmerischer Zusammenarbeit der geschichtlich gewordenen Ordnung in Deutschland entsprach, dann war dies in den ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts das Kartell. Umgekehrt wurden nach 1945 nicht nur Kartelle suspekt, sondern auch Fusionen von Wettbewerbern, wie die von den Alliierten durchgeführten bzw. angestrebten Entflechtungen beweisen. Es ist daher nicht möglich, Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern als Wettbewerbsbeschränkungen zu begreifen, deren Geltung im Gegensatz zu der von Kartellverträgen im allgemeinen Bewußtsein eindeutig und offensichtlich vorgegeben ist und gebilligt wird [253]. Es mag allenfalls sein, daß als Ergebnis einer differenzierenden Praxis nach und nach Fusionen im "allgemeinen Bewußtsein" anders beurteilt werden als Kartelle, aber dieses Ergebnis kann nicht begründen, warum mit der Differenzierung begonnen wurde.

---

251) NIPPERDEY, NJW 1957, S. 1777 f.

252) Vgl. SANDROCK, aaO., S. 323 f.

253) Eine nähere Auseinandersetzung mit der Lehre SPENGLERS, die verschiedentlich als systemwidrig abgelehnt wird (vgl. z.B. QUANTZ, S. 92; ROSENTHAL S. 46 f.), erübrigt sich daher.

5.5 Die Lehre von der rule of reason

5.50 Die differenzierende Behandlung von Kartellverträgen und Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern ist nicht auf das deutsche Recht und das Recht der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft beschränkt. Sie begegnet auch im Recht der Mitgliedstaaten der europäischen Wirtschaftsgmeinschaft, sofern diese überhaupt Kartellgesetze o.ä. erlassen haben, in Österreich und in der Schweiz [254]. Sie läßt sich ferner im Antitrustrecht der USA nachweisen, ein angesichts der Unterschiede zwischen dem deutschen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen und dem Antitrustrecht keineswegs selbstverständliches Ergebnis, dessen man sich auch nicht allgemein bewußt ist [255]. So kritisiert selbst ein so ausgezeichneter Kenner des amerikanischen Antitrustrechts und des deutschen Rechts wie MESTMÄCKER am deutschen Kartellrecht "die das geltende Recht kennzeichnende, systematisch und wettbewerbspolitisch wenig überzeugende Differenzierung nach den Mitteln der Wettbewerbsbeschränkung", die zu den Schwierigkeiten der Abgrenzung von Kartellverträgen und Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern führe [256], ohne auf die vergleichbare Lage in den USA hinzuweisen [257].

5.51 Im Antitrustrecht [258] wird zwischen loose-knit (oder: contract-) combinations und close-knit (oder:

---

254) Vgl. den Überblick von MÜLLER/HENNEBERG im Gemeinschaftskommentar, Einführung, S. 57 ff.

255) Richtig allerdings ENGELMANN, S. 57.

256) Betrieb 1968, S. 839.

257) Ähnlich wie MESTMÄCKER auch KRONSTEIN, Internationale Kartelle, S. 506.

258) Vgl. zu der folgenden Darstellung vor allem ENGELMANN, S. 6 ff.

(5.51) ownership-) combinations unterschieden [259]. Zu den ersteren gehören das agreement (z.B. Vereinbarungen über Preise oder Rabatte), der pool (der sich vom agreement lediglich durch die Schriftform und durch die regelmässig ausbedungenen Vertragsstrafen unterscheidet) und die trade associations (Interessenverbände von Industrie und Handel, die der Verfolgung gemeinsamer politischer und sozialer Interessen dienen, aber dazu benutzt werden, eine einheitliche Marktstrategie der Verbandsmitglieder zu verabreden). Zur Gruppe der close-knit combinations rechnen der trust proper, die holding company und die sogenannten outright consolidations. Der trust proper ist eine eigenartige, erstmals im Jahre 1882 von der Standard Oil Company entwickelte und praktizierte Form der Kontrolle mehrerer Aktiengesellschaften durch wenige Treuhänder, denen die Aktien der Anteilseigner der einzelnen Gesellschaften treuhänderisch übertragen worden sind und die daher den gesamten Verbund von Aktiengesellschaften kontrollieren können. Der trust proper wurde durch die Rechtsprechung Ende des 19. Jahrhunderts aus vorwiegend gesellschaftsrechtlichen Erwägungen nicht als zulässige Form der Organisation der Zusammenarbeit von Aktiengesellschaften anerkannt [260] und hat seither in den USA keine Bedeutung mehr. Holding companies [261] sind Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit,"die Aktien an einer anderen Korporation zu dem Zweck halten, diese zu kontrollieren" [262]. Die outright consolidation entspricht im wesentlichen der Verschmelzung von Aktiengesellschaften im deutschen Recht, wobei die Fälle des merger der Verschmelzung durch Aufnahme (§§ 340 ff.

---

259) Vgl. auch JOLIET, S. 30 ff.

260) Vgl. ENGELMANN, S. 36 ff.

261) Hierzu MESTMÄCKER, Konzernmacht, S. 98 ff.

262) MESTMÄCKER, aaO., S. 101.

(5.51) AktG) und die der amalgamation der Verschmelzung durch Neubildung (§ 353 AktG) vergleichbar sind. Die Aufteilung der Formen unternehmerischer Kooperation von Wettbewerbern in loose-knit combinations und close-knit combinations entspricht also fast ganz der tradierten Unterscheidung von Kartellverträgen und Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern nach deutschem Recht.

5.520 Die beiden Formen unternehmerischer Zusammenarbeit werden auch im Antitrustrecht verschieden behandelt, und zwar in der Weise, daß Fusionsverträge eine größere Chance haben, wirksam zu sein, als Kartellverträge.

5.521 Section 1 und Section 2 des Sherman Act [263] erklären in ihrem Wortlaut jede Art von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern für unwirksam und strafbar. Im bewußten Gegensatz zu dem Gesetzeswortlaut hat der Supreme Court in zwei berühmten Entscheidungen aus dem Jahre 1911 [264] die sogenannte "rule

---

263) Section 1: Every contract, combinations in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restaint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal. Everey person who shall make any such contract or engage in any such combination or conspiracy, shall be deemed guilty of misdemeanor, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding five thousend dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, in the discretion of the court.

Section 2: Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and on conviction, shall be punished by fine not exceeding five thousend dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, in the discretion of the court.

264) Standard Oil Company of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911); United States v. American Tobacco Company, 211 U.S. 106 (1911).

(5.521) of reason" in das Antitrustrecht eingeführt, eine Beschränkung des Geltungsbereiches der gesetzlichen Bestimmungen im Hinblick auf Vereinbarungen, die als reasonable angesehen werden. Bereits in der ersten dieser Entscheidungen hatte jedoch der Supreme Court ausgeführt, die rule of reason dürfe nicht zu einem Instrument bloßer Zweckmäßigkeitserwägungen werden. Diesen Gedanken hat die Rechtsprechung später aufgegriffen und den Bereich der rule of reason dadurch eingeschränkt, daß sie bestimmte Arten von vertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen als per se ungesetzlich behandelte [265]. Nach der Einführung dieser per se rules gibt es also zwei Arten von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen: solche, die nur dann unter Section 1 des Sherman Act fallen, wenn sie unreasonable sind (Bereich der rule of reason), und solche, die ohne Rücksicht auf diese Voraussetzung unter Section 1 des Sherman Act fallen (Bereich der per se rules). Das heißt - bei allem Vorbehalt bezüglich der genauen Konkretisierung der rule of reason [266] - daß es Vereinbarungen von Wettbewerbsbeschränkungen gibt, die unwirksam und verboten sind, auch wenn im Einzelfall die mangelnde Wettbewerbsfeindlichkeit nachgewiesen werden kann (: per-se-Verstöße), daneben aber Vereinbarungen von Wettbewerbsbeschränkungen, die nur dann unwirksam und verboten sind, wenn dieser Nachweis unmöglich ist (= wenn sie unreasonable sind).

5.522 Zum Bereich der rule of reason gehören die close-knit combinations, also die Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern, während die loose-knit combinations, also die Kartellverträge, als per se unzulässig angesehen wer-

---

265) Leading Case: United States v. Trenton Potteries Company, 273 U.S. 392 (1927).

266) Hierzu vor allem JOLIET, S. 17 ff., 61 ff. und passim; LOEVINGER, insbes. S. 594 ff.

(5.522) den. Das wird zwar so in den Entscheidungen des Supreme-Court nicht ausdrücklich formuliert, es läßt sich aber feststellen, daß der Supreme Court die per se rule bislang nur in Fällen angewandt hat, in denen loose-knit combinations zu beurteilen waren, beispielsweise bei horizontalen oder vertikalen Preisabsprachen [267], bei Gebietsabsprachen [268] und bei Boykottvereinbarungen [269]. Hingegen ist bei close-knit combinations ständig [270] die rule of reason berücksichtigt worden [271], zumindest dann, wenn Section 1 des Sherman Act die für die Entscheidung maßgebliche Rechtsnorm war [272].

---

267) United States v. Vacuum Oil Company, 310 U.S. 150, insbes. S. 218 (1940); United States v. Parke Davis and Co., 362 U.S. 29, 47 (1960). Vgl. zu der folgenden Aufzählung auch BURNS, S. 39 ff.; CURTI, S. 49 f.; ENGELMANN, S. 96 ff.

268) White Motor Company v. United States, 372 U.S. 253, 259 (1963).

269) Klor's Inc. v. Broadway Hale Stores Inc., 359 U.S. 207 (1959).

270) Vgl. außer den in Anm. 264) erwähnten Entscheidungen auch Timken Roller Bearing Company v. United States, 341 U.S. 593, 598 ff. (1951); United States v. First National Bank and Trust Company of Lexington, 376 U.S. 665, 672 f. (1964).

271) Die Differenzierung ist auch von amerikanischen Autoren beobachtet worden, etwa von HANDLER, S. 85; vgl. auch JOLIET, S. 30 ff., 42 f.

272) Als Fall, bei dem der Supreme Court die rule of reason angewandt habe, obwohl der Sachverhalt so gelagert war, daß ein per se Verstoß hätte angenommen werden müssen, wird die Entscheidung Appalachian Coals Inc. v. United States, 288 U.S. 344 (1933) erwähnt, z.B. bei HANDLER, aaO.; JOLIET, S. 41; SCHWENK, WuW 1957, S. 341 f. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die meisten Bergwerksunternehmen des Appalachengebietes hatten sich zu einem Syndikat zusammengeschlossen, das Verkaufsbedingungen und Preise der Rohstoffe selbst festsetzte. Der Supreme Court billigte Bildung und Praxis des Syndikats, weil beides reasonable sei, und zwar deshalb, weil sich die Gründung einer gemeinsamen Verkaufsorganisation mehrerer Produzenten nicht unterscheiden lasse von der Bildung

5.5230 Soweit Entscheidungen des Supreme Court aufgrund Section 7 des Clayton Act [273] in Frage stehen, wird zwar im Anschluß an zwei neuere Entscheidungen [274] verschiedentlich behauptet, die Rechtsprechung wende in Fusions-

---

(272)) eines großen Unternehmens durch den Zusammenschluß bislang unabhängiger Unternehmenseinheiten (Supreme Court, aaO., S. 377). Die Entscheidung wird allgemein (vgl. HANDLER, JOLIET, SCHWENK, alle aaO.) als systemwidriger Einzelfall betrachtet, verdient jedoch Zustimmung, weil es sich bei dem fraglichen Syndikat um ein total durchgeführtes Syndikat gehandelt hat, auf das die Mitglieder ihren gesamten Absatz verlagert hatten, und weil solche totalen Syndikate wie Fusionen und nicht wie Kartellgründungen zu behandeln sind (siehe zu RN 8.3).

273) Section 7 Clayton Act in der Fassung des Gesetzes vom 29. Dezember 1950 (CELLER-KEFAUVER Anti-Merger Act) lautet: "That no corporation engaged in commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of stock or other share capital and no corporation subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another corporation engaged also in commerce, where in any line of commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create an monopoly.
No corporation shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no corporation subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of one or more corporation engaged in commerce, where in any line of commerce in any section of the country, the effect of such acquisition, of such stocks or assets, or of the use of such stocks by the voting or granting of proxies or otherwise, may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.
This section shall not apply to corporations purchasing such stock solely for investment and not using the same by voting or otherwise to bring about, or in attempting to bring about, the substantial lessening of competition .....

274) United States v. Aluminium Company of America et al, District Court of New York, 149 F. 2 d 416 (1945), insbes. S. 429 ff.; United States v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321, 361 f. (1963).

5.5230) fällen die rule of reason zu Gunsten der per se rules jedenfalls dann nicht mehr an, wenn der Marktanteil der Fusionspartner nach dem Zusammenschluß einen bestimmten Prozentsatz [275] überschreite [275]. Die erwähnten Entscheidungen enthalten in der Tat Ausführungen, die einem vordergründigen Verständnis der rule of reason widersprechen. In der sich gegen den Zusammenschluß der Philadelphia National Bank mit der Girard First Company richtenden Entscheidung führt der Supreme Court unter anderem aus [277], eine den Wettbewerb wesentlich beschränkende Fusion könne nicht damit gerechtfertigt werden, daß sie sich nach Abwägung aller Vor- und Nachteile für die Allgemeinheit als Gewinn erweise. Damit widerspricht der Supreme Court einem Verständnis der rule of reason als einem Instrument zur Erreichung wirtschaftspolitisch erwünschter Ergebnisse.

5.5231 Es läßt sich nicht bestreiten, daß ein solches Verständnis der rule of reason naheliegt und auch häufig vertreten wird [278]. Gleichwohl widerspricht es dem Sinn, den die rule of reason von Anfang an hatte. Mit der Einführung der rule of reason wollte der Supreme Court eine vernünftige einengende Auslegung des Begriffs der Wettbewerbsbeschränkung und damit von Section 1 des Sherman Act ermöglichen [279], wie sich

---

275) 30 % wurden im Philadelphia National Bank Case als jedenfalls ausreichend angesehen, aaO., S. 364 f.

276) Vgl. LOEVINGER, S. 598 f.; MAURER, S. 85 ff.; SCHWENK, S. 347 f.

277) 374 U.S. 321, 371.

278) Etwa von CURTI, S. 47 ff.; ENGELMANN, S. 54 ff.; MAURER, S. 90 f.; MÖHRING, Rule of Reason, S. 5 f., 93; wohl auch Frankfurter Kommentar, Einleitung Anhang A, Tz. 30; JOLIET, S. 5 f.

279) Das deutet sich schon im Standard Oil Case an, wo die Einführung der rule of reason für notwendig erachtet wird, weil das Gesetz jede Definition des Begriffes restraint of trade vermissen lasse, aaO. - Anm. 264) - S. 63 f.

(5.5231) eindeutig aus seinen folgenden Ausführungen ergibt: "But the legality of an agreement or regulation cannot be determined by so simple a test, as whether it restrains competition. Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain is of their very essence. The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition" [280]. Der Supreme Court will also mit Hilfe der rule of reason Vereinbarungen von Wettbewerbern, die einen zwischen ihnen bestehenden Wettbewerb beschränken oder ausschließen, von den Sanktionen des Sherman Act ausnehmen, wenn auf einem Markt der insgesamt vorhandene Wettbewerb nicht beeinträchtigt wird, wenn also die einzelne Wettbewerbsbeschränkung nicht die Wirkung hat, die Marktverhältnisse "durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen" [281]. Eine so verstandene rule of reason ist unmittelbar im Wortlaut von Section 7 Clayton Act berücksichtigt worden, da den Tatbestand dieser Vorschrift nur Wettbewerbsbeschränkungen erfüllen können, die die Wirkung haben "substantially to lessen competition" [282]. Section 7 Clayton Act ist also eine Gesetzesnorm die "in der Sprache der rule of reason abgefaßt ist" [283]. Per se rules bedeuten demgegenüber nicht mehr, als daß es ver-

---

280) Board of Trade of The City of Chicago v. United States, 246 U.S. 231, 238 (1918). Ähnlich unmißverständlich White Motor Company v. United States, 372 U.S. 253, 263 (1963).

281) Wie hier LOEVINGER, S. 592 ff.; SCHWENK, S. 339 f.; vgl. auch JOLIET, S. 61 ff. A.A. - wie die in Anm. 278) Erwähnten - BORCHARDT/FIKENTSCHER, S. 35 ff.

282) So Clayton Act, Section 7 Absatz 1 a.E.

283) LOEVINGER, S. 598.

(5.5231) tragliche Wettbewerbsbeschränkungen gibt, bei denen es auf den Nachweis der Marktbeeinflussung im Einzelfall nicht ankommt, weshalb eine genaue Marktanalyse entbehrlich ist [284]. Solche Martkanalysen sind aber in Fällen, die nach Section 7 Clayton Act beurteilt werden, nicht entbehrlich, weil die Feststellung, ob eine Wettbewerbsbeschränkung wesentlich ist, die genaue Abgrenzung des jeweiligen Marktes und - jedenfalls im Bereich von Grenzwerten - der Marktanteile der Parteien der Wettbewerbsbeschränkung erfordert. Die Notwendigkeit solcher Marktanalysen hat der Supreme Court in keinem Falle, in dem über die Rechtmäßigkeit von close-knit combinations entschieden wurde, in Frage gestellt, vielmehr wurde gerade in den neueren Entscheidungen stets geprüft, ob ein Zusammenschluß über die Tatsache der Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Vertragsparteien hinaus die Marktverhältnisse wesentlich beeinflußt [285]. Ohne daß dies hier weiter ausgeführt werden könnte, wird man die Auffassung, der Supreme Court neige auch bei Fusionsverträgen zur Anwendung von per se rules, und die unzutreffende Ansicht über den Inhalt der rule of reason vor allem darauf zurückführen können, daß der Supreme Court im Gegensatz zu seiner früheren Entscheidungspraxis [286] den Nachweis von Monopolisierungstendenzen der beteiligten Unternehmen wesentlich erleichterte bzw. ganz für entbehrlich hielt, sobald die Marktanteile der be-

---

284) Vgl. etwa United States v. Trenton Potteries Company, wie in Anm. 265), S. 397 f.

285) Z.B. in United States v. Philadelphia National Bank, wie in Anm. 274), S. 363 ff.; First National Bank Case, wie in Anm. 277), S. 672 f.

286) Vgl. vor allem United States v. Columbia Steel Company, 334 U.S. 495, 505 ff. (1948).

(5.5231) teiligten Unternehmen über eine gewisse Mindestgröße hinausgingen [287].

5.524 Auch durch die neuere Rechtsprechung des Supreme Court hat sich also nichts daran geändert, daß es im Antitrustrecht Methoden von Wettbewerbsbeschränkungen gibt, die per se unzulässig sind, bei denen also der Einwand, sie seien dem Wettbewerb auf einem konkreten Markt förderlich (z.B. weil sie einem Wettbewerber den Zugang zum Martk überhaupt erst ermöglichen [288]), ohne Bedeutung ist (Kartellverträge), während andere Techniken von Wettbewerbsbeschränkungen dann zulässig sind, wenn sie den Wettbewerb auf einem bestimmten Markt nicht wesentlich beeinträchtigen (Fusionsverträge). Der Supreme Court vollzieht diese Differenzierung, obwohl er hinsichtlich der Wirkung von wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen die Auffassung vertritt, daß "integration by merger is more suspect than integration by contract ..." [289].

5.530 Die geschilderte Gerichtspraxis der USA differenziert also zwar gegenständlich wie das deutsche Recht, aber sie behandelt die Objekte der Differenzierung anders (insoweit sie nicht jeden Fusionsvertrag als unverboten ansieht). Für unsere Frage käme daher eine Übernahme der Technik von rule of reason und per se rules wie sie ein Teil des Schrifttums bei anderen Fragestellungen befürwortet [290]) nur in Betracht, wenn zugleich

---

287) So nunmehr in den in Anm. 285) erwähnten Entscheidungen außerdem in United States v. El Paso National Gas Company, 376 U.S. 651, 657 ff. (1964).

288) Vgl. die Argumentation des Supreme Court in Northe Pacific Railway Company v. United States, 356 U.S 1, 4 ff (1958).

289) Philadelphia National Bank Case, wie in Anm. 226)

290) Etwa FIKENTSCHER, Sonstige Verträge, S. 560; HIRNER, S. 28 ff.; QUANTZ, S. 104 f.; ROSENTHAL, S. 46 f.; allgemein MÜLLER-HENNEBERG im Gemeinschaftkommentar, § 1 Anm. 55; SANDROCK, Grundbegriffe S. 294 ff.; SPENGLER, S. 37.

(5.530) der Inhalt des geltenden Rechts geändert würde.

5.531 Für die Lösung der uns gestellten Frage kann allein von Interesse sein, ob die mit rule of reason und per se rules gemachte Unterscheidung zwischen loose-knit combinations und close-knit combinations an Unterscheidungsmerkmale anknüpft und Gründe hat, die auch für das geltende deutsche Recht relevant sein können und daher Rückschlüsse auf die analoge Problematik im deutschen Recht zulassen. Der Grund, mit denen die Einführung der rule of reason gerechtfertigt wurde - das Bedürfnis, den als zu weit empfundenen Tatbestand von Section 1 und 2 des Sherman Act einzuschränken [291] - erklärt die Sonderbehandlung von loose-knit combinations nicht. Die Einführung der per se rules hat der Supreme Court [292] im wesentlichen mit folgender Argumentation begründet [293]: "The power to fix prices whether reasonable exercised or not, involves power to control the market and to fix arbitrary and unreasonable prices. The reasonable price fixed today may through economic and business changes become the unreasonable price of tomorrow. Once established, it may be mainted unchanged because of the absence of competition secured by the agreement for a price reasonable when fixed. Agreements which create such potential power may well be held to be in themselves unreasonable or unlawful restraints, without the necessity of minute inquiry whether a particular price reasonable or unreasonable as fixed and without placing on the government in enforcing the Sherman Law the burden of ascertaining from day to day whether it has become unreasonable through the mere variation of economic conditions."

---

291) Vgl. oben bei Anm. 279) und 280).

292) In United States v. Trenton Potteries Company, 273 U.S. 392 (1927).

293) AaO., S. 397 f.

5.532 Daneben klingt in Entscheidungen, die die Anwendung von per se rules anordnen, der Gedanke an, es sei der Zweck des Sherman Act, die individuelle Freiheit der Wettbewerber zu schützen, "to prohibit independent business form becoming 'associates' in a common plan which is bound to reduce their competitor's opportunity to buy or sell the things in which the groups compete" [294].

5.533 Beide Argumente erklären indessen nicht, warum - unterstellt, die Preisvereinbarung beeinflusse die Marktverhältnisse nicht spürbar - die einfache Preisabsprache illegal, die Fusion der gleichen Wettbewerber hingegen legal sein soll. Die Fusion hat im Hinblick sowohl auf die zukünftige Entwicklung eines Marktes als auch auf den Schutz der individuellen Freiheit der Wettbewerber - mindestens - ebenfalls die Wirkungen einer Preisabsprache. So darf es nicht verwundern, wenn aus diesem Beispiel gefolgert wird: "Die plausibelste Erklärung scheint in der Berücksichtigung der Folgen der Auflösung zu finden zu sein. Die Auflösung eines großen Trust muß notwendigerweise zu einer Art Umwälzung in dem betreffenden Wirtschaftszweig führen (und wird deshalb möglichst vermieden), während die Auflösung eines pool oder einer trade association von unverhältnismäßig geringerer Wirkung auf dem betreffenden Wirtschaftszweig ist" [295]. Dieses Argument mag für das amerikanische Recht und für alle Rechte, die Entflechtungsmaßnahmen vorsehen, beachtlich sein, für das deutsche Recht, dessen Sanktionsmechanismen nicht vergleichbar sind (hier automatische Unwirksamkeit der Errichtung, dort Auflösung im Einzelfall) führt es nicht weiter.

---

294) Associated Press v. United States, 326 U.S. 1, 15 (1944).

295) ENGELMANN, S. 95.

5.534 Schließlich muß im amerikanischen Recht eine Erwägung eine Rolle spielen, die zwar nicht ausdrücklich formuliert wird, ohne die jedoch nicht zu erklären ist, warum Kartellverträge, die die Marktverhältnisse mangels ausreichender Marktmacht der Beteiligten mit Gewißheit nicht verändern können, unwirksam sein sollen. Dazu ist zu bedenken, daß solche Kartellverträge (etwa Gebietsaufteilungen, Absprachen über die Qualität von Erzeugnissen, über Rabatte oder Preise), wenn sie für den Markt ohne jede Relevanz sind, auch den durch sie gebundenen Vertragsparteien keinerlei Vorteile bieten, so daß sie für diese nur die Nachteile haben, die alle Kartellverträge mit sich bringen: eine Einschränkung ihrer Entscheidungsautonomie. Solchen nutzlosen vertraglichen Bindungen die Wirksamkeit zu versagen, ist jedenfalls in einem Wirtschaftssystem folgerichtig, das die individuelle Freiheit und die sich aus ihr ergebenden Möglichkeiten privater Initiative so hoch einschätzt wie das der USA. Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern sind demgegenüber in aller Regel auch dann nicht nutzlos, wenn sie den auf einem Markt bestehenden Wettbewerb nicht spürbar beeinflussen. Die Unwirksamkeit von Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern läßt sich daher nur aus einer auf einem Markt spürbaren Beeinträchtigung des Wettbewerbs begründen.

5.54 Da nach deutschem Recht Kartellverträge nur unwirksam sind, wenn durch ihre Erfüllung die Marktverhältnisse beeinflußt werden (ist dies nicht der Fall, so sind sie wirksam, und sei ihre Erfüllung für die Vertragspartner noch so unnütz), führt jedoch auch diese Argumentation in unserer Frage nicht weiter. Die rule of reason und ihre Gründe können die Sonderbehandlung der Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern nach deutschem Recht nicht erklären.

5.6 Zusammenfassung

Die Untersuchung der Auswirkungen von Fusionsverträgen

(5.6) zwischen Wettbewerbern und (sonstigen?) Kartellverträgen ergibt also kein Kriterium dieser Unterscheidung und kann demgemäß auch für die unterschiedliche Behandlung keine Gründe bieten [296].

6 Unterschiede zwischen (wettbewerbsbeschränkenden) Fusionsverträgen und (wettbewerbsbeschränkenden) sonstigen Gesellschaftsverträgen in den Tatbestandsmerkmalen

6.0 Unsere bisherige Untersuchung hat zu dem Ergebnis geführt, daß die Auslegung der gesetzlichen Merkmale des Kartellverbots in keinem Punkte zu verschiedenen Aussagen über Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern einerseits und (sonstigen?) Kartellverträgen andererseits führt und daß auch in den Auswirkungen der Verträge (= der Vertragserfüllung) kein Unterschied sichtbar wird, der genau der uns interessierenden Differenzierung zuzurechnen wäre. Es erscheint daher angezeigt, die spezifisch wettbewerbsrechtliche Betrachtungsweise zu überschreiten und ganz grundsätzlich zu fragen, worin denn überhaupt ein Unterschied zwischen den uns interessierenden Vertragsgruppen besteht. Daß ein solcher Unterschied besteht, ist nicht nur in dieser Untersuchung unterstellt, sondern notwendige Voraussetzung der als geltendes Recht behaupteten unterschiedlichen Behandlung. Aber erst wenn dieser Unterschied, der bisher (vgl. RN 3.34) nur in beispielhaften Fallgestaltungen vorgestellt worden ist, begrifflich bestimmt ist (= wenn geklärt ist, ob eine unterschiedli-

---

296) Daran ändert sich nichts, wenn man Kartellverträge als Teilfusionsverträge bestimmt, bei denen - im Regelfall - weniger Rechte vergemeinschaftet werden als bei "voller" Fusion (so HARMS, S. 197; JOLIET, S. 32; LIEFMANN, S. 14; TSCHIERSCHKY, S. 17; WINNEFELD, S. 107), solange nicht gesagt werden kann, wie dieser Teil zu bestimmen ist und warum für den Teil anderes gilt als für das Ganze.

(6.0) che Behandlung möglich ist), läßt sich fragen, ob die so und nicht anders zu unterscheidenden Gestaltungen im Hinblick auf das Kartellverbot verschieden beurteilt werden sollen (= ob die unterschiedliche Behandlung begründet ist).

6.10 Der Versuch, die differentia specifica der Fusionsverträge gegenüber sonstigen Gesellschaftsverträgen zu ermitteln (= der Versuch der Bestimmung des Begriffs der Fusionsverträge), muß von der Frage ausgehen: was haben die unzweifelhaft zu den Fusionsverträgen zu rechnenden Gestaltungen untereinander, aber nicht mit anderen uns interessierenden Gestaltungen gemeinsam? Konkreter: welches Tatbestandsmerkmal, das kein Merkmal des Tatbestandes der Errichtung einer (organisierten) Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist, haben Gründung einer OHG (durch fünf natürliche Personen oder AGs), Errichtung einer AG (durch fünf natürliche Personen) und Verschmelzung von fünf AGs gemeinsam?

6.11 Gesellschaftsverträge (als Verträge, die sich durch organisationsrechtliche Elemente von Schuldverträgen unterscheiden) werden hier wie da geschlossen [297]. Eine spezifisch personenrechtliche Qualität in dem Sinne, Merkmal (wesentliches Merkmal) eines Tatbestands der Entstehung einer juristischen Person zu sein, fehlt nicht nur bei der Errichtung einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, sondern auch bei der Gründung

---

297) Siehe zu RN 4.60.

(6.11) einer OHG [298], kommt also nicht jedem Fusionsvertrag zu. Formvorschriften bestehen nur für Fusionsverträge dieser personenrechtlichen Qualität, also wiederum nicht für die ganze Gruppe.

6.12 Die gesuchte Grenzlinie ist also nicht zwischen Verträgen über die Errichtung von juristischen Personen einerseits und Verträgen über die Errichtung sonstiger Organisationen oder Verbände andererseits, sondern innerhalb der letztgenannten Gruppe zu ziehen, wo sie Errichtung einer OHG und Errichtung einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts trennen soll. Was aber die Errichtung einer OHG von der Errichtung einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts im Grenzfall unterscheidet, ist klar: "(Die) gemeinschaftliche Firma ist das am meisten in die Augen springende Kennzeichen der OHG gegenüber der bürgerlichen Gesellschaft" [299].

6.13 Inhalt und Relevanz dieses Merkmals werden an dem Grenzfall einer Gesellschaft von Kaufleuten sichtbar, die auf die gemeinschaftliche Vornahme von Handelsgeschäften gerichtet ist, etwa auf die gemeinsame Übernahme von Versicherungen eines bestimmten Versicherungszweigs. Sollen diese Geschäfte getätigt werden, "ohne daß das Gesellschaftsverhältnis nach außen hervor-

---

298) Solange und soweit als "juristische Personen" nur Gebilde mit "typisierter Vollrechtsfähigkeit" (FABRICIUS, Rechtsfähigkeit, S. 82 ff.) bestimmt werden, wie dies der allgemeinen Übung entspricht. Die Sinnhaftigkeit solcher Bestimmungen braucht hier jedoch nicht diskutiert zu werden, da ein weiterer Begriff, der alle Fälle gemeinschaftlicher Rechtszuständigkeit oder jedenfalls die Fälle gesamthänderischer Rechtszuständigkeit einschließen könnte, sowohl die OHG als auch die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts umfassen müßte. Zur Besonderheit der Innehabung von Rechten "unter einer Firma" siehe alsbald im Text (zu RN 6.13).

299) DÜRINGER-HACHENBURG-FLECHTHEIM, § 105, Anm. 7 unter Berufung auf ROHG 7, 432; RGZ 13, 230; RGZ 33, 128; RGZ 36, 140.

(6.13) tritt" [300], sind also die Versicherungsgeschäfte "nicht Geschäfte einer nach außen als solche hervortretenden Gesellschaft" [300], sondern der einzelnen Gesellschafter, wenn auch auf gemeinsame Rechnung, so liegt keine OHG, sondern eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts vor. Damit aber ist zugleich der Inhalt des Merkmals bestimmt: ob die Gesellschafter ihrer Verbindung einen Namen gegeben haben, ist unerheblich; entscheidend ist, ob das Gesellschaftsverhältnis ("die Gesellschaft als solche") bei den vom Gesellschaftszweck umfaßten Geschäften "nach außen hervortritt", genauer: ob das Gesellschaftsverhältnis nach dem Willen der Vertragspartner "nach außen hervortreten" soll.

6.14 Ein Hervortreten des Gesellschaftsverhältnisses nach außen, eine "äußere Publizität" [301] der Gesellschaft, ist auch in unseren sonstigen Beispielsfällen von Fusionsverträgen (Errichtung einer AG, Verschmelzung mehrerer AGs durch Neubildung) notwendig gewollt. In diesen Fällen ist sogar die Entstehung der intendierten Gesellschaft davon abhängig, daß die Errichtung (durch öffentlich bekanntzumachende Eintragung in das Handelsregister [302]) nach außen kenntlich gemacht wird. Und

---

300) DÜRINGER-HACHENBURG-FLECHTHEIM, aaO., § 105 Anm. 9 (von dort auch das Beispiel unseres Textes).

301) Diese "äußere Publizität" darf nicht verwechselt werden mit der Publizität - man mag sie "inhaltliche Publizität" nennen -, die Gegenstand der Diskussion über "die Publizität von Großunternehmen" (vgl. Frankfurter Publizitätsgespräch, vor allem die Beiträge von v. CAEMMERER und KAISER; RITTNER, Publizität S. 63 ff., 125 ff.) ist. Diese "inhaltliche Publizität" meint vor allem "die Offenlegung betrieblicher Sachverhalte ... deren Kenntnis zur (sicheren) Beurteilung der wirtschaftlichen Gesamtlage unentbehrlich ist" (MOXTER, S. 1 ff.), also die Offenlegung von Jahresabschlüssen (Bilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung), von ausführlichen Geschäftsberichten und von Beteiligungen.

302) § 41 Abs. 1 Satz 1, § 353 Abs. 4 Satz 1 AktG.

(6.14) diese Kenntlichmachung ist zwar kein Erfordernis der Entstehung einer OHG, aber doch etwas, was die Gesellschafter einer OHG zumindest in Kauf nehmen müssen, können sie doch zur Anmeldung der Gesellschaft gezwungen werden [303].

6.15 Ein Hervortreten des Gesellschaftsverhältnisses nach außen durch öffentlich bekanntzumachende Eintragung ist auch Voraussetzung der Wirksamkeit von "Unternehmensverträgen" [304], die sich jedoch von den bisher behandelten Fällen dadurch unterscheiden, daß das Gesellschaftsverhältnis nach dem Willen der Vertragspartner nicht bei jedem einzelnen Geschäft nach außen hervortreten soll. Ähnlich liegen die Dinge bei der Verschmelzung durch Aufnahme und durch Neubildung hinsichtlich der aufnehmenden bzw. neuen Gesellschaft [305].

6.16 Demnach lassen sich - von den Entstehungstatbeständen her - drei Arten des Hervortretens nach außen, drei Typen äußerer Publizität, unterscheiden:

6.161 - das Gesellschaftsverhältnis soll bei jedem Geschäft der Gesellschaft nach außen hervortreten; die Gesellschaft entsteht erst mit öffentlich bekanntzumachender Eintragung im Handelsregister (Gründung einer AG oder KGaA, Gründung einer GmbH, Verschmelzung durch Neubildung);

6.162 - das Gesellschaftsverhältnis soll bei jedem Geschäft der Gesellschaft nach außen hervortreten; die Gesellschaft entsteht ohne öffentlich bekanntzumachende Eintragung im Handelsregister, zur Herbeiführung dieser Eintragung sind die Gesellschafter aber verpflich-

---

303) §§ 106, 14 HGB. Vgl. hierzu HUECK, OHG, S. 14 f.

304) Vgl. § 294 AktG.

305) Vgl. §§ 345, 346 AktG.

(6.162) tet und notfalls mit Strafen anzuhalten (Gründung einer OHG oder KG);

6.163 - das Gesellschaftsverhältnis soll nicht bei jedem Geschäft nach außen hervortreten, entsteht aber erst mit öffentlich bekanntzumachender Eintragung im Handelsregister (Unternehmensverträge [306], Verschmelzung durch Aufnahme).

6.17 Die Kriterien dieser Typenbildung lassen sich wie folgt zusammenfassen: das Gesellschaftsverhältnis hat "eine eigene Firma" (mit der Folge, daß eine öffentlich bekanntzumachende Eintragung in das Handelsregister geboten ist) oder [307] die Entstehung des Gesellschaftsverhältnisses setzt die öffentlich bekanntzumachende Eintragung in das Handelsregister voraus [308].

6.18 Beide Voraussetzungen ("eigene Firma" oder [307] Notwendigkeit der Eintragung in das Handelsregister) haben gemeinsam, daß das Gesellschaftsverhältnis nach außen hervortritt, offengelegt wird, und daß diese Offenlegung von den Partnern des Gesellschaftsvertrages gewollt sein muß, wenn die intendierte Rechtsfolge (Entstehung einer OHG, KG, AG, KGaA oder GmbH; Verschmelzung; gültiger Unternehmensvertrag [309]) eintreten soll. Sie lassen sich als "notwendige äußere Publizität der Begründung des Gesellschaftsverhältnisses" zusammenfassen.

---

306) Als "Unternehmensverträge" sind hier wie im folgenden nur solche Verträge i.S. von §§ 291 f. AktG verstanden, die (zumindest auch) Gesellschaftsverträge sind (weil nur solche Verträge im Hinblick auf das Kartellverbot interessieren), also nicht etwa Betriebspacht- oder -überlassungsverträge zwischen selbständigen Unternehmen (§ 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG).

307) Im Sinne von "und/oder" (Disjunktion: A v B).

308) Beide Voraussetzungen sind erfüllt in den Fällen zu RN 6.161, nur die erste in den Fällen zu RN 6.162, nur die zweite in den Fällen zu RN 6.163.

309) § 294 Abs. 2 AktG.

6.19 Alle bisher als "Fusionsverträge" behandelten Gestaltungen erfüllen zumindest eine der genannten Voraussetzungen, während keine dieser Voraussetzungen von den als "Kartellverträge" behandelten Gestaltungen erfüllt wird. Das erlaubt eine erste vorläufige Begriffsbestimmung: Fusionsverträge unterscheiden sich von sonstigen Gesellschaftsverträgen durch notwendige äußere Publizität der Begründung des Gesellschaftsverhältnisses.

6.2 Ob diese Begriffsbestimmung den Grund der Sonderbehandlung von Fusionsverträgen im Hinblick auf das Kartellverbot "wenigstens" durchscheinen läßt [310] und wie nach ihr die Grenzen dieser Sonderbehandlung im einzelnen zu bestimmen sind, bedarf näherer Prüfung und Darlegung.

7 Notwendige äußere Publizität von Entscheidungseinheiten und die Funktionen des Kartellverbots

7.0 Unsere vorläufige Begriffsbestimmung der Fusionsverträge als Gesellschaftsverträge mit notwendiger äußerer Publizität der Begründung des Gesellschaftsverhältnisses [311] impliziert notwendig die These, daß die Sonderbehandlung der Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern an dieses Merkmal anknüpft, weil nur dieses Merkmal die "sonderbehandelten" Verträge von anderen wettbewerbsbeschränkenden Gesellschaftsverträgen unterscheidet. Die Argumentation zu dieser These muß also von der Frage ausgehen: gibt es von Sinn und Zweck des Kartellverbots, von seinen Funktionen her einsichtige Gründe für die Entscheidung, das Verbot auf Gesell-

---

310) Siehe zu RN 3.322.

311) In dem zu RN 6.1 entwickelten Sinne.

(7.0) schaftsverträge ohne notwendige äußere Publizität der Begründung des Gesellschaftsverhältnisses zu beschränken?

7.10 Die Erörterung der aufgeworfenen Fragen bedingt eine Vorklärung der Funktionen des Kartellverbots.

7.110 Nach den Funktionen des Kartellverbots zu fragen heißt, die Frage nach Sinn und Zweck des Schutzes eines Wettbewerbsmarktes aufzuwerfen. Denn es steht außer Zweifel, daß durch das Kartellverbot wie durch das gesamte "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen" der "Wettbewerb innerhalb bestimmter Bereiche und unter Wahrung bestimmter Grenzen [312] gefördert werden soll, daß der Schutz des Wettbewerbs die wesentliche Funktion des Kartellverbots ist" [313].

7.111 Zur Klärung dieser Vorfrage ist es nicht erforderlich, eine genaue Analyse des Wettbewerbsbegriffes und der tatsächlichen Voraussetzungen eines Wettbewerbsmarktes durchzuführen [314]. Die möglichen verschiedenen Modelle von Wettbewerbsmärkten müssen für die Problematik der Unterscheidung zwischen wettbewerbsbeschränkenden Fusions- und Kartellverträgen unergiebig sein, weil diese Problematik gerade an Grenzfällen deutlich gemacht werden kann, in denen vom Begriff des Wettbewerbs her keine Schwierigkeiten bestehen (so wenn der Wettbewerb auf einem Markt durch Zusammenschluß aller Wettbewerber ganz beseitigt wird, aber der Zusammen-

---

312) SANDROCK, Grundbegriffe, S. 43.

313) Statt aller: KNÖPFLE, Rechtsbegriff, S. 151; RASCH/WESTRICK, § 1 Anm. 1.

314) Hierzu vor allem KNÖPFLE, Rechtsbegriff, S. 97 ff.; SANDROCK, Grundbegriffe, S. 102 ff., 123 ff.

(7.111) schluß trotz gleicher "wettbewerbsbeschränkender" Wirkung je nach der Form verschieden beurteilt wird). Das Bemühen um eine möglichst exakte Definition des Begriffs des Wettbewerbs könnte darüberhinaus die Tür zu einer Fülle begriffsjuristischer Scheinargumente öffnen und so die Problematik eher verdunkeln. Für unsere Zwecke genügt die vergleichsweise rohe Vorstellung vom Wettbewerb als einem von der Gesellschaft mehr oder weniger reglementierten Kampf [315] von Menschen um den Abschluß von Austauschgeschäften mit anderen Menschen, als einem ständigen Prozeß des Forderns und Nachgebens, in dem Nachfrager Anbieter gegen Anbieter und Anbieter Nachfrager gegen Nachfrager ausspielen, um möglichst günstige Geschäftsabschlüsse zu erreichen; das heißt: alle Anbieter und Nachfrage handeln bei ihren Geschäften "nach dem Maximumprinzip derart, daß die Käufer (Konsumenten) ein Maximum an Nutzen, die Verkäufer (Produzenten) ein Maximum an Gewinn zu erzielen versuchen" [316].

7.112 Bei der Klärung der Vorfrage nach Sinn und Zweck des Schutzes eines Wettbewerbsmarktes kann weiter auf den Versuch verzichtet werden, die Äußerungen des Schrifttums zu den Funktionen des Schutzes des Wettbewerbs zu

---

315) Zum Wettbewerb als Kampfsituation vgl. FRANZ BÖHM, Monopolkampf, S. 2, 73 ff. und passim; ähnlich KURLBAUM im Bericht des wirtschaftspolitischen Ausschusses des zweiten Deutschen Bundestages (Bundestagsdrucksache II/3644, II zu § 1): "Es ist unter wirtschaftlichem Wettbewerb jede Art wirtschaftlicher Handlung zu verstehen, die darauf gerichtet ist, sich im Wirtschaftskampf auf Kosten eines Wettbewerbers einen Vorteil zu verschaffen". In die gleiche Richtung geht der Regierungsentwurf zum GWB, der "Wettbewerb" definiert als "das Streben, durch eigene Leistung, die nach Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmen, den Verbraucher zum Abschluß eines Vertrages zu veranlassen" (Bundestagsdrucksache II/1158, Anlage 1 C zu § 1, 3 e).

316) GUTENBERG, Bd. 2, S. 182.

(7.112) referieren und zu überprüfen. Eine Auseinandersetzung mit Einwänden gegen ein System der Wettbewerbswirtschaft gehört nicht in unsere Untersuchung, weil eine Fragestellung, die nur innerhalb eines bestimmten Systems relevant werden kann, nicht mit Argumenten beantwortet werden kann, die das System selbst in Frage stellen. Aber auch auf die (vorwiegend im wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum geführte) Diskussion der Frage, wie sich die einzelnen behaupteten Funktionen des Wettbewerbsschutzes zueinander verhalten und ob überhaupt bzw. unter welchen Voraussetzung sie sich in ein System des Wettbewerbs integrieren lassen [317], braucht hier erst eingegangen zu werden, wenn feststeht, daß wenigstens eine der bislang behaupteten Funktionen die unterschiedliche Behandlung von Kartellverträgen und Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern einsichtig macht (ist eine behauptete Funktion in diesem Sinne irrelevant, so wäre es sinnlos, ihre Systemzugehörigkeit zu überprüfen).

7.12 Allgemein werden dem Wettbewerbsschutz zwei Funktionen zugeschrieben: die ökonomische Funktion und die entmachtende Funktion. Dabei besteht Einigkeit über die Vereinbarkeit beider Funktionen und über ihren Begriff, wenn auch die Terminologie wechselt. So spricht HEFERMEHL [318] von der "wirtschaftspolitischen" und der "gesamtpolitischen Zielsetzung" eines Wettbewerbsschutzes; HOPPMANN [319] unterscheidet die "wohlfahrts-

---

317) Hierzu vor allem HOPPMANN, Schutzobjekt, S. 63 ff. m.w. Nachweis. Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum ist diese Problematik kaum behandelt; sie wird lediglich bei der Frage diskutiert, ob § 1 GWB (gegebenenfalls i.V. mit § 38 GWB) Schutzgesetz i. S. von § 823 Abs. 2 BGB ist, vgl. HOPPMANN, S. 64 f., 66 m.w. Nachw. und MESTMÄCKER, JZ 1964, S. 442/443.

318) In BAUMBACH-HEFERMEHL, Einl. GWB Anm. 3.

319) AaO., S. 76 ff.

(7.12) und wachstumsökonomische Zielsetzung" von der bereits in der klassischen englischen Nationalökonomie entdeckten [320] Funktion, "wirtschaftliche Macht zu kontrollieren"; MERZ [321] sieht im Wettbewerb einerseits ein Mittel der Leistungssteigerung und Rationalisierung, andererseits ein Mittel des Persönlichkeitsschutzes [322]; MÜLLER-HENNEBERG [323] schließlich erblickt im Wettbewerb ein "Steuerungsinstrument" und ein Instrument zum Schutze der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit. In der Begründung zum Entwurf des GWB [324] geht der Gesetzgeber von der "durch die wirtschaftswissenschaftliche Forschung erhärteten wirtschaftspolitischen Erfahrung aus, daß die Wettbewerbswirtschaft die ökonomischste und zugleich demokratischste Form der Wirtschaftsordnung ist".

7.130 In seiner "ökonomischen Funktion" knüpft der Schutz des Wettbewerbs an die Erwägung an, daß es innerhalb des vorgestellten "autonomen Sachbereichs Wirtschaft" [325] darum gehe, die Bedürfnisse der Konsumen-

---

320) Vgl. HOPPMANN, aaO., S. 81 ff. m.w. Nachweis.

321) Insbes. S. 246 f., 254 ff.

322) Ähnlich MESTMÄCKER, JZ 1964, S. 442: Wirtschaftspolitische Zweckmäßigkeit und Freiheitsschutz.

323) Im Gemeinschaftskommentar, Einführung S. 64 ff., mit ausführlicher weit. Nachw. Vgl. auch die ausführliche Diskussion zu der Frage, ob das GWB den "Wettbewerb als Institution" schützen will (als notwendigen Ordnungsfaktor eines marktwirtschaftlichen Systems, so MÜLLER-HENNEBERG, aaO.; WÜRDINGER, Persönliche Entfaltung, S. 7 ff.) oder ob ein Individualschutz erstrebt ist (so vor allem BIEDENKOPF, Freiheitliche Ordnung, S. 16 ff., 26 ff.: FIKENTSCHER, Rechtsschutz, S. 227); weit. Nachw. bei CLODIUS, S. 65 ff.

324) Bundestagsdrucksache I/3462, Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 15.

325) HOPPMANN, aaO., S. 75.

(7.130) ten optimal zu befriedigen [326]. Eine optimale, d.h. möglichst wenig Kosten verursachende Versorgung der Konsumenten bedarf wegen der "Knappheit der Ressourcen" einer Lenkung der einzelnen Wirtschaftssubjekte, die für die Gesamtheit nachteilige Fehlinvestitionen und Versorgungslücken verhindern und ausschließen soll, daß einzelne Güter zu teuer (d.h. zu Kosten, die - gemessen an den tatsächlichen technischen und organisatorischen Möglichkeiten - zu hoch sind) produziert werden. Die einzelnen Wirtschaftssubjekte sollen deshalb bei ihrem Bemühen um Bedürfnisbefriedigung Verhaltensmaximen befolgen, die sie zu bestimmen suchen, bei allen ihren Entscheidungen Produktion und Absatz von Gütern dem jeweiligen technischen und organisatorischen Wissen anzupassen, um auf diese Weise Produktions- und Vertriebskosten zu senken. Ist gewährleistet, daß diese Verhaltensmaximen befolgt werden (Kostenminimierung durch technischen und organisatorischen Fortschritt; Vermeidung unnötiger Produktion; Verhinderung überhöhter Veräußerungserlöse), so wird ein "Maximum an gesellschaftlicher Nutzenstiftung erreicht" [327], nämlich - gemessen am jeweiligen Erkenntnisstand - am ökonomischsten produziert und vertrieben.

7.131 Die Befolgung der Verhaltensmaximen geschieht nicht von selbst; vielmehr muß die Gesellschaft durch geeignete Normen, durch die bewußte Einführung und Überwachung eines "Wirtschaftssystems" dafür sorgen, daß Kosten minimiert, unnötige Produktion vermieden und unangemessen hohe Gewinne einzelner Mitglieder der Gesellschaft verhindert werden. Als solche Wirtschaftssysteme werden das System der Zentralverwaltungswirtschaft und das System der Wettbewerbswirtschaft unterschieden. "Wettbewerb" ist also das Kennzeichen der Alternative

---

326) Vgl. hierzu und zum Folgenden vor allem HOPPMANN, aaO., S. 70 ff., 75 ff.

327) HOPPMANN, aaO., S. 76.

(7.131) zur Zentralverwaltungswirtschaft, der Alternative, von der behauptet wird, sie bringe, wenn auf allen Märkten die Bedingungen der Konkurrenz optimal verwirklicht würden, jenes "Maximum an gesellschaftlicher Nutzenstiftung", auf dessen Erreichung jedes Wirtschaftssystem angelegt sei.

7.132 Die Eignung des Systems der Wettbewerbswirtschaft zur Realisierung des ökonomischen Prinzips wird mit dem "psychologischen Mechanismus der Konkurrenz [328] begründet: Infolge der Notwendigkeit der Teilnahme am Wettbewerbskampf muß jeder Teilnehmer ständig befürchten, durch bessere und/oder billigere Leistungen seiner Konkurrenten bzw. durch eigene Fehlplanungen Geschäftsabschlüsse zu verlieren und auf diese Weise aus den von ihm eingesetzten subjektiven Rechten und seiner Arbeitskraft keinen Ertrag mehr ziehen zu können, weshalb er "zur energischen Teilnahme am wirtschaftlichen Fortschritt und zur alsbaldigen Weitergabe jedes erzielten Fortschrittes" [329] an seine Geschäftspartner gezwungen ist. Die Einführung und Aufrechterhaltung einer Wettbewerbsordnung führt also dazu, die Entscheidungseinheiten "unter den denkbar schärfsten psychologischen Druck zu setzen, damit sie ihren Beruf in wirtschaftsfördernder Weise ausüben und auf diese Weise der Mehrung des Gesamtwohlstandes, besonders des Wohlstandes der breiten Masse dienen" [330].

7.133 Das System einer Wettbewerbswirtschaft setzt nicht nur ausreichenden Wettbewerb auf genügend vielen Märkten voraus, es ist weiter erforderlich, daß die dem System Unterworfenen grundsätzlich die Möglichkeit zu privat-

---

328) BÖHM, Monopolkampf, S. 20 und passim.

329) BÖHM, aaO., S. 21.

330) BÖHM, aaO., S. 22/23.

(7.133) autonomer Gestaltung haben [331]. Durch privatautonome Gestaltung könnte aber auch bestehender Wettbewerb beseitigt oder beschränkt werden. Um die Realisierung des ökonomischen Prinzips nicht zu gefährden, muß der Wettbewerb deshalb (mindestens auch) gegen vertragliche Beschränkung oder Beseitigung geschützt werden. Einen solchen, wenn auch teilweise unvollkommenen Schutz bietet das Kartellverbot. Nichts anderes ist gemeint, wenn hier von der ökonomischen Funktion des Kartellverbotes gesprochen wird.

7.140 Die Entmachtungsfunktion des Wettbewerbs, die Aufgabe des Wettbewerbs, die Gesellschaft "gegen exzessive wirtschaftliche Macht" [332] zu schützen, durch Einführung und Erhaltung eines Wettbewerbssystems wirtschaftliche Macht zu neutralisieren und dadurch ihren Mißbrauch zu verhindern, wurde erstmals in der Politischen Ökonomie der englischen klassischen Nationalökonomen formuliert [333]. Dieses Ziel ist selbstverständliche Grundlage von Gesetzgebung und Rechtsprechung zum amerikanischen Antitrustrecht [334] und deutlich sichtbar in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung

---

331) Vgl. etwa EUCKEN, Grundsätze, der (S. 275 ff.) die Vertragsfreiheit zu den konstituierenden Prinzipien des Systems einer Wettbewerbswirtschaft zählt. In der Tat ist eine durch Wettbewerb gesteuerte Wirtschaft ohne die rechtliche Anerkennung privatautonomer Gestaltung nicht denkbar; gäbe es die Selbstbindung durch Vertrag nicht, wäre in einer Gesellschaft, in der andere als rechtliche Sanktionen kaum effektiv sind, der psychologische Mechanismus der Konkurrenz weitgehend wirkungslos.

332) HOPPMANN, Schutzobjekt, S. 95.

333) Vgl. HOPPMANN, aaO. und passim.

334) Vgl. die Nachweise bei NEUMEYER, S. 85 ff.

(7.140) um das frühere [335] und geltende [336] deutsche Recht der Wettbewerbsbeschränkungen sowie in der derzeitigen rechtspolitischen Diskussion um das GWB [337]. Die Zielvorstellung wurde entwickelt aus der Fragestellung "nach der Möglichkeit einer Gesellschaft freier und wohlhabender Menschen" [338]. Bei dem Versuch, diese Frage zu beantworten, entdeckten die klassischen Nationalökonomen "den freien Wettbewerb als System sowohl der wirtschaftlichen Freiheit als auch des wirtschaftlichen Wohlstandes und Fortschrittes" [339].

7.141 Die Auffassung [340], das Wettbewerbssystem sichere die wirtschaftliche Freiheit der in ihm Tätigen und verhindere damit zugleich den Mißbrauch wirtschaftlicher Macht, stützt sich auf die Erfahrung, daß jede Ausübung unternehmerischer Befugnisse, jedes Tätigwerden einer Entscheidungseinheit auf einem Markt notwendig die tatsächlichen Verhältnisse dieses Marktes und demzufolge der Gesamtwirtschaft verändert, also die Umstände der Versorgung aller. Entschließt sich irgendein Hersteller oder Händler, die Bedingungen seines Angebotes zu ändern, oder unternimmt es irgendein Nach-

---

335) Vgl. z.B. BÖHM, Monopolkampf, S. 17 ff., 124 ff. und passim.

336) Vgl. HELMUT ARNDT, Macht, S. 28 ff., 53 ff.; GLAHE, S. 89 ff.; HIRSCH, S. 1 f., 15 ff.; HOPPMANN, aaO., S. 80 ff.; auch FLUME, Rechtsgeschäft, S. 10 f.

337) Vgl. hierzu vor allem KARTTE, Fusionskontrolle, S. 88 ff.; RAISCH, Notwendigkeit, S. 24 ff.; jeweils m.w. Nachweis; kritisch RITTNER, Betrieb 1970, S. 673

338) BÄHR/ECKSTEIN u.a., S. 7; HOPPMANN, aaO., S. 81.

339) BÄHR/ECKSTEIN u.a., aaO.; vgl. auch HOPPMANN, aaO., S. 81 ff.

340) Vgl. zum Folgenden vor allem ANDREAE, S. 35 ff., 63 ff. und passim; ARNDT, S. 23 ff., 35 ff. und passim; HOPPMANN, aaO., S. 80 ff.; HIRSCH, S. 15 ff.

(7.141) frager, die Bedingungen seiner Nachfrage zu modifizieren, so ändert er mit seiner Entscheidung die Entscheidungsgrundlagen anderer Menschen - der Angehörigen der Marktgegenseite und der Konkurrenten - und greift typischerweise in deren Wirtschaftspläne ein, folglich auch in die Lebensführung dieser Menschen, die durch die neuen Bedingungen ihrerseits gezwungen sein können, ihre Wirtschaftspläne mit der Folge zu ändern, daß weitere Menschen gezwungen sind, ihr Verhalten der neuen Marktsituation anzupassen.

7.142 Es liegt auf der Hand, daß durch die Entscheidung jeder Entscheidungseinheit auf diese Weise eine Kausalreihe eröffnet wird, die sehr viele Menschen dazu zwingt, sich anders zu verhalten als sie sich ohne die einseitig, insbesondere ohne ihre Mitwirkung getroffene Entscheidung verhalten würden. Diese Konsequenz kommt freilich jedem sozial relevanten menschlichen Verhalten zu. Problematisch wird die Möglichkeit eines Menschen, durch eigenverantwortliches Verhalten Daten für rationales Verhalten seiner Mitmenschen zu setzen, erst, wenn die Mitmenschen dadurch zu Verhaltensweisen gezwungen werden, die ihren eigenen Interessen entgegengesetzt sind. Ein Gesellschaftssystem, das einzelnen oder Gruppen von Menschen diese Möglichkeit einräumt, gibt ihnen Macht, nämlich "die Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstrebende durchzusetzen, gleichviel worauf die Chance beruht" [341].

7.143 Die Innehabung von Macht durch Individuen oder Gruppen von Individuen ist in jeder Gesellschaftsordnung vorausgesetzt, und zwar auch und gerade bei dem Versuch, das Problem der Knappheit der Ressourcen zu bewältigen, also im Bereich der Wirtschaft. Wirtschaftliche

---

341) MAX WEBER, S. 28.

(7.143) Macht wird demgemäß begriffen als "die Chance, den Willen anderer Wirtschaftler so zu lenken, wie es im Interesse der eigenen Gewinn- oder Vorteilsmaximierung am vorteilhaftesten ist" [342].

7.144 Wer ein freiheitliches, zugleich aber wohlstandsförderndes und für den Fortschritt offenes Wirtschaftssystem anstrebt, muß verhindern, daß wirtschaftliche Macht ohne von der Gesellschaft gebilligte Gründe gegen die Interessen der von der Machtausübung Betroffenen eingesetzt, daß wirtschaftliche Macht mißbraucht wird. Wann dies im einzelnen der Fall ist, kann im Zusammenhang unserer Untersuchung offenbleiben [343]. Es genügt zu wissen, daß es ohne ausreichende Kontrolle wirtschaftlicher Macht den Inhabern von Entscheidungs-

---

342) ARNDT, S. 35.

343) Der Begriff des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht ist im Schrifttum eingehend behandelt. EUCKEN (Grundsätze, S. 172) ist der Ansicht, der Begriff sei "nicht exakt zu definieren". Gleichwohl leugnet auch und gerade er nicht, daß es eine Fülle von Sachverhalten des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht gibt (vgl. aaO., S. 169 ff.; Grundlagen, S. 196 ff.) und daß es Aufgabe der Wirtschaftspolitik und damit des Rechts ist, den Mißbrauch wirtschaftlicher Macht zu unterbinden. Sieht man von dem untauglichen Versuch ab, den abstrakten Begriff "Mißbrauch wirtschaftlicher Macht" durch Begriffe gleicher Abstraktionsstufe zu "definieren" (vgl. z.B. CLODIUS, S. 37: "Mißbrauch erfordert ein ... Verhalten, das mit dem Sinn und Zweck des GWB im ganzen und der Zielsetzung der Normen, die den Mißbrauchsbegriff enthalten, nicht vereinbar ist."), so bleibt nur der Weg, Mißbrauch wirtschaftlicher Macht dann anzunehmen, wenn auf einem Markt mit wenig Konkurrenzkampf Verhältnisse, insbesondere Preise festzustellen sind, die nicht zu beobachten wären, wenn auf dem Markt ein spürbarer Wettbewerb herrschte (Als-Ob-Wettbewerb). In diesem Sinn vor allem RAISCH, Begriff des Mißbrauchs, S. 366 ff., 379 ff. (wenn auch teilweise kritisch) und INGO SCHMIDT, WuW 1965, S. 473 ff.; ders. WuW 1967, S. 635 f. und passim; ähnlich schon die Regierungsbegründung zum GWB (Bundestagsdrucksache II/1158, S. 39) und vor allem EUCKEN, Grundsätze, S. 297 sowie MIKSCH, S. 101.

(7.144) befugnissen über den Einsatz von Versorgungsmitteln nicht verwehrt wäre, ihre Macht in gesellschaftlich unerwünschter Weise zum Nachteil der von den Entscheidungseinwirkungen Betroffenen einzusetzen, weshalb keine organisierte Gemeinschaft darauf verzichten kann, die Innehabung wirtschaftlicher Macht so zu regeln, daß ein Mißbrauch der Macht ausgeschlossen oder wenigstens auf ein Mindestmaß reduziert wird.

7.145 Einführung und Schutz eines Wettbewerbssystems wollen einen solchen Mißbrauch wirtschaftlicher Macht dadurch verhindern [344], daß sich die einzelnen Inhaber wirtschaftlicher Macht, also die Entscheidungseinheiten, bei ihrer Machtausübung wechselseitig neutralisieren, gegenseitig entmachten, weil jeder versucht und versuchen muß, seinen Mitbewerbern deren potentielle Geschäftspartner streitig zu machen. Auf einem Wettbewerbsmarkt ist dieses Verhalten aber nur dann aussichtsreich, wenn der einzelne Wettbewerber bemüht ist, seinen Geschäftspartnern bei Geschäftsabschlüssen Bedingungen einzuräumen, die mindestens nicht schlechter sind als die Bedingungen der Angebote seiner Konkurrenten. Angesichts der sich aus einer solchen Wettbewerbslage ergebenden Ausweichmöglichkeiten wird jede Entscheidungseinheit, die versucht, die Angehörigen der Marktgegenseite zu ihnen nachteiligen Umwertungen zu zwingen - ausreichende Markttransparenz für alle Beteiligten vorausgesetzt - binnen kürzester Frist keine Geschäfte mehr tätigen können, weil die potentiellen Geschäftspartner zu anderen Unternehmen ausweichen werden, die günstigere Abschlüsse anbieten.

---

344) Vgl. ARNDT, S. 35 ff.; BÖHM, S. 17 ff., 124 ff. und passim; GLAHE, S. 89 ff.; HOPPMANN, S. 80 ff.

(7.145) Unter solchen Umständen ist es einer Entscheidungseinheit also gerade nicht möglich, die ihr eingeräumte Chance zu verwirklichen, den Willen anderer Wirtschaftler entscheidend im Interesse eigener Vorteilsmaximierung zu lenken. Jede Entscheidungseinheit auf Märkten mit ausreichender Konkurrenz ist wegen des psychologischen Mechanismus der Konkurrenz vielmehr gezwungen, zu für ihren Wirtschaftsplan noch erträglichen Bedingungen anzubieten bzw. nachzufragen. Tut eine Entscheidungseinheit dies nicht, so sind finanzielle Einbußen unvermeidlich, die letztlich den Bestand der Entscheidungseinheit selbst in Frage stellen müssen.

7.146 Umgekehrt ist dem Mißbrauch wirtschaftlicher Macht Tür und Tor geöffnet, wenn es Entscheidungseinheiten gelingt, Märkte zu monopolisieren, weil die Angehörigen der Marktgegenseite keine Ausweichmöglichkeiten mehr haben, also bei ihrer Bedarfsdeckung gezwungen sind, auf Bedarfsdeckung gänzlich zu verzichten oder dabei die ihnen vom Monopolisten gesetzten Bedingungen zu akzeptieren.

7.147 Kartellverträge sind in besonderem Maß geeignet, einen Markt zu monopolisieren. Sie wurden und werden regelmäßig zum Zwecke der Monopolisierung eines Marktes vereinbart, weshalb beispielsweise ROBERT LIEFMANN Kartelle definiert als "freie Vereinbarungen ... zwischen selbständig bleibenden Unternehmern derselben Art zum Zwecke monopolistischer Beherrschung des Marktes" [345]. Daß diese Absicht bei den einzelnen in einem Kartell organisierten Unternehmen dominieren muß, wird einsichtig, wenn man sich verdeutlicht, was ein Unternehmen überhaupt veranlassen kann, seine Selbständigkeit zugunsten einer ganz oder teilweise von anderen Unter-

---

345) LIEFMANN, Kartelle, S. 10.

(7.147) nehmen mitbestimmten Absatz- oder Nachfragepolitik aufzugeben, auf eine eigene Preispolitik zu verzichten. "Offenbar wird das nur dann der Fall sein, wenn die Unternehmen der Auffassung sind, daß der erreichbare Gewinn bei gemeinsamer Preispolitik auf die Dauer höher sein wird als der Gewinn, der bei individueller Preispolitik zu erreichen ist. Die Unternehmen müssen sich also eine Verbesserung ihrer Gewinnlage versprechen, wenn sie bereit sein sollen, ihre individuelle Preispolitik aufzugeben. Ein Kartell kann daher nur dann zustande kommen, wenn die einen solchen Zusammenschluß erwägenden Unternehmen der Auffassung sind, daß es einen Preis gibt, der für alle vorteilhafter ist als der jeweils individuelle Preis" [346]. Um den vorteilhaften Preis durchsetzen zu können, müssen die beteiligten Unternehmen in ihrer Gesamtheit eine monopolistische Stellung innehaben oder erwarten, anderenfalls das Ziel nicht erreichbar wäre. Der Zusammenschluß von Wettbewerbern zu einem Kartell wird also von der Erwartung einer monopolistischen Stellung maßgeblich motiviert. Und sobald ein Kartell sich als lebensfähig erweist, ist der Nachweis erbracht, daß es einen Markt monopolistisch beherrscht.

7.148 Da es verhältnismäßig einfach ist, Märkte auf diese Weise kollektiv zu monopolisieren [347] und dadurch Voraussetzungen für einen Mißbrauch wirtschaftlicher Macht zu schaffen, muß eine Gesellschaft, die den Mißbrauch wirtschaftlicher Macht durch Einführung und Schutz eines Wettbewerbssystems minimieren will, solche Zusammenschlüsse von Wettbewerbern unterbinden.

---

346) GUTENBERG, Betriebswirtschaftslehre, 2. Bd., S. 324.

347) Der Ausdruck "Kollektivmonopol" wird in den Wirtschaftswissenschaften häufig an Stelle von "Kartell" gebraucht, vgl. FRICKE, S. 15 m.w.Nachw.

(7.148) Ein Rechtssatz, der Vereinbarungen über solche Zusammenschlüsse die Wirksamkeit versagt, trägt zur Entmachtung der Inhaber wirtschaftlicher Macht bei.

7.15 Die ökonomische Funktion des Kartellverbotes kann eine generelle unterschiedliche Behandlung von Fusionsverträgen und Kartellverträgen zwischen Wettbewerbern nicht rechtfertigen. Ginge es nur darum, Wettbewerb als "Mittel grundsätzlich rationellster Wirtschaftsgestaltung" [348] zu erhalten, so müßte die Art und Weise des Zustandekommens einer Wettbewerbsbeschränkung gleichgültig sein; es müßte zur Erfüllung des Tatbestandes des Kartellverbotes genügen, daß durch eine Verringerung der Zahl von Entscheidungseinheiten auf einem Markt das Funktionieren des Wettbewerbs und damit die ökonomischste Methode von Produktion und Vertrieb gefährdet sind.

7.16 Auch die Entmachtungsfunktion des Wettbewerbs rechtfertigt die Differenzierung zwischen Fusionsverträgen und Kartellverträgen nicht. Soll durch Schutz des Wettbewerbs ein Mißbrauch wirtschaftlicher Macht schlechtweg verhindert und dadurch zu größerer Freiheit möglichst vieler beigetragen werden, so muß das Entstehen eines Zustandes, durch den der Konkurrenzmechanismus in Frage gestellt wird, bekämpft werden ohne Rücksicht darauf, ob dieser Zustand durch diese oder jene Vertragsart herbeigeführt wird.

7.20 Wenn die bislang dem Kartellverbot zuerkannten Funktionen die Differenzierung zwischen Kartellverträgen und Fusionsverträgen von Wettbewerbern nicht rechtfertigen, so bleibt die Frage, ob dem Verbot nicht eine Funktion zuzuerkennen ist, die an das Kriterium dieser

---

348) FIKENTSCHER, Interessengemeinschaft, S. 9.

(7.20) Differenzierung anknüpft und damit die Relevanz dieses Kriteriums sichtbar macht.

7.21 Kriterium der uns interessierenden Unterscheidung ist nach unseren bisherigen Feststellungen die notwendige äußere Publizität der Begründung eines Gesellschaftsverhältnisses. Ist diese Publizität gegeben, so soll der Gesellschaftsvertrag, auch wenn seine Erfüllung zur Marktbeeinflussung durch Beschränkung des Wettbewerbs führt, vom Kartellverbot nicht betroffen sein. Es ist daher zu prüfen, welchen Sinn und Zweck ein Verbot haben könnte, das nur wettbewerbsbeschränkende Verträge trifft, denen diese Publizität nicht zukommt.

7.220 Der "psychologische Mechanismus der Konkurrenz", dessen Grundlage das bewußte Gegeneinanderausspielen von Anbieter gegen Anbieter beziehungsweise von Nachfrager gegen Nachfrager ist, kann nur stattfinden auf Märkten mit ausreichender Transparenz, also auf Märkten, auf denen alle Teilnehmer nicht nur über die Inhalte der einzelnen Angebote und einzelner Geschäftsabschlüsse unterrichtet sind [349], sondern vor allem auch darüber, welche Anbieter oder Nachfrager es überhaupt gibt, die gegeneinander ausgespielt werden können. Ein Marktteilnehmer, der nicht weiß, wen er gegen wen ausspielen kann, ist nicht in der Lage, eine bewußte Entscheidung für oder gegen einen von mehreren Angehörigen der Marktgegenseite zu fällen, selbst wenn es diese in ausreichender Zahl gibt. Wer Markttransparenz fordert, also als Voraussetzung vollkommener Konkurrenz einführt, daß "die Angebotsseite für die Käufer vollständig transparent sein muß" [350] und umgekehrt, der muß ein-

---

349) Vgl. SANDROCK, Grundbegriffe, S. 83. m.w.Nachw.

350) ERICH SCHNEIDER, Wirtschaftstheorie, S. 69.

(7.220) räumen [351], daß jeder Nachfrager die anbietenden Entscheidungseinheiten und jeder Anbieter die nachfragenden Entscheidungseinheiten erkennen und voneinander unterscheiden können muß, weil ihm andernfalls die Bedingungen eines Angebotes oder einer Nachfrage nicht so vollständig bekannt sind, daß er bewußt in Verfolgung seines eigenen Vorteils konkurrierende Marktteilnehmer gegeneinander ausspielen kann. Wer nicht weiß, wer gegen wen konkurriert, dem ist von vornherein jede Möglichkeit genommen, einzelne Konkurrenten aufzusuchen, um zu versuchen, die Bedingungen ihres Angebotes oder ihrer Nachfrage unter Hinweis auf die Bedingungen, die andere einzuräumen bereit sind, zu seinen Gunsten zu modifizieren.

7.221 Ist nicht bekannt, wer gegen wen konkurriert, so bestünde weiter die Gefahr, daß die Marktteilnehmer nur Scheingefechte führten, nämlich mit einer einzigen Entscheidungseinheit verhandelten und handelten, dabei aber in dem Glauben wären, verschiedene Entscheidungseinheiten gegeneinander auszuspielen. Eine solche Täuschung von Geschäftspartnern wäre nicht nur moralisch fragwürdig. Sie nähme den Marktteilnehmern die Möglichkeit, bei Gleichwertigkeit der Bedingungen aus anderen

---

351) Das geschieht freilich durchweg nicht; vgl. ERICH SCHNEIDER, aaO.: "Vollkommene oder homogene Konkurrenz wird wie folgt definiert: Die von beiden Anbietern angebotenen Güter werden von den Käufern als ökonomisch identisch (homogen) betrachtet. Vollkommene Konkurrenz setzt natürlich voraus, daß die Käufer die von sämtlichen Anbietern gesetzten Bedingungen kennen. Die Angebotsseite muß für die Käufer vollständig transparent sein." Siehe auch GUTENBERG, Betriebswirtschaftslehre, Band 2, S. 182; KRELLE, Preistheorie, S. 13, 23 f. In einer rechtswissenschaftlichen Dissertation über das Thema "Markttransparenz und Wettbewerbsrecht" von BRINKMANN wird das Problem der Identifizierung bzw. Individualisierung von Entscheidungseinheiten (Unternehmen) mit keinem Wort erwähnt.

(7.221) Gründen rational zwischen Wettbewerbern zu entscheiden (Bevorzugung des kleineren gegenüber dem größeren, des einheimischen gegenüber dem auswärtigen Unternehmen; Einfügung der Entscheidung in struktur- oder marktpolitische Konzepte).

7.2220 Die Identifizierung des Geschäftspartners ist weiter ganz allgemein notwendige Voraussetzung sinnvollen Gebrauchs der Privatautonomie als "Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen" [352], die in einer Rechtsordnung, der die Selbstbestimmung des Menschen als Wert vorgegeben ist, unverzichtbar ist, und speziell in einer Wettbewerbsordnung garantiert sein muß, weil ohne sie Wettbewerb nicht zustandekommen könnte [353].

7.2221 Privatautonomie umschließt nicht nur Abschlußfreiheit und die Freiheit der inhaltlichen Gestaltung (Bestimmung des Ob und des Wie der Begründung von Rechtsverhältnissen), sondern vor allem die Befugnis zu bestimmen, mit wem man Rechtsverhältnisse begründen, welchen konkreten Menschen gegenüber man berechtigt oder verpflichtet sein will [354]. Ohne diese Freiheit der Auswahl des Partners würden Abschlußfreiheit und Freiheit der inhaltlichen Gestaltung und damit die Privatautonomie selbst inhaltsleer und sinnlos.

7.2222 Die Freiheit der Partnerwahl wiederum wäre sehr unvollkommen, wenn sie nur zu verstehen wäre als die Freiheit der Entscheidung zwischen Gebilden, die im Rechtsverkehr als Rechtssubjekt auftreten. Wer frei soll wählen können, wem er Rechte einräumt oder gegen wen er Forde-

---

352) FLUME, Rechtsgeschäft, S. 1.

353) Vgl. statt aller EUCKEN, Grundsätze, S. 275.

354) FLUME, aaO., S. 2, 10 f., 12.

(7.2222) rungen begründet, muß wissen können, welchem Menschen er Macht gewährt und auf welchen Menschen er hinsichtlich der Erfüllung seiner Forderung vertraut, wer auf der Gegenseite für die Durchführung des Geschäfts verantwortlich ist: er muß die Gewißheit haben können, daß der Partner, für den er sich entschieden hat, nicht unerwartet und unerwartbar durch jemanden substituiert wird, gegen den er sich entschieden hat [355].

Wer sich zur Deckung eines unabweislichen Bedarfs für die OHG "A und Co." entscheidet und damit die in den Geschäftsbedingungen gleichwertige Alternative "B und Co." verwirft, weil er B weder Rechte noch Kredit gewähren will, hat sich eine Freiheit der Wahl nur vorgetäuscht, wenn er keine Möglichkeit hatte zu erfahren, daß B Kompagnon des A ist.

7.2223 Auswahlfreiheit als Freiheit der Auswahl von Partnern kann beschränkt sein oder ganz entfallen, weil für angestrebte rechtsgeschäftliche Gestaltungen zu wenige oder keine Alternativen vorhanden sind, eine Sachlage, die das System der Wettbewerbswirtschaft tunlichst verhindern oder beseitigen muß. Auswahlfreiheit kann aber auch dadurch ausgeschlossen oder beschränkt werden, daß es zwar ausreichend viele Partner gibt, unter denen ausgewählt werden könnte, diese jedoch dem, der einen rechtsgeschäftlichen Abschluß sucht, nicht oder

---

355) Dem steht nicht entgegen, daß die meisten Rechte übertragen, Vorteile aus Geschäften weitergegeben werden können und daß der Geschäftspartner die Freiheit hat, sich unerwartet und unerwartbar von Dritten hinsichtlich der Durchführung des Geschäfts bestimmen zu lassen. Solche Konsequenzen gehen in jedem Fall durch die Person des Geschäftspartners hindurch (die Dritten erwerben nicht "unmittelbar" und können nicht "unmittelbar" die Durchführung bestimmen) und lassen dessen Stellung als Partner in dem durch das Geschäft begründeten Rechtsverhältnis unberührt.

(7.2223) nur zum Teil bekannt sein können. Beide Möglichkeiten der Beschränkung privatautonomer Gestaltung durch Verringerung von Auswahlmöglichkeiten wirken sich im Hinblick auf das "Prinzip Privatautonomie" aus der Sicht des einzelnen Abschlüsse suchenden Wettbewerbers gleich aus, weshalb auch die zweite Möglichkeit dort nicht bestehen darf, wo "Selbstgestaltung im Rechtsverkehr" [356] nicht nur eine Leerformel bleiben soll.

7.230 Offenheit der Entscheidungsinstanzen ist schließlich notwendige Voraussetzung der Bekämpfung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht.

7.231 Wettbewerb, der die ökonomische Funktion und die Entmachtungsfunktion in ausreichendem Maße erfüllt, findet sich in der Wirklichkeit keineswegs auf allen Märkten [357]. Auf vielen Märkten sind vielmehr Entscheidungseinheiten tätig, deren Macht nicht durch eine Wettbewerbslage neutralisiert wird, die also ihre Macht auch gegen die Interessen der Allgemeinheit ausüben können, ohne die regulierende Wirkung des Wettbewerbs befürchten zu müssen. Solche Sachlagen sind in einem Wirtschaftssystem, das internes Wachstum von Unternehmen als psychologischen Anreiz zuläßt, und in einer Rechtsordnung, die einzelnen Menschen ausschließliche subjektive Rechte an "Ressourcen" ohne Rücksicht auf die Quantität zuweist und damit "natürliche Monopole" anerkennt, ganz unvermeidlich. Einer solchen Réchtsordnung stellt sich daher die Aufgabe, der Gefahr des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht, die

---

356) LARENZ, Methodenlehre, S. 483.

357) Dabei kann dahingestellt bleiben, wann ausreichender Wettbewerb vorliegt, ob nur im Polypol (so. z. B. SANDROCK, Grundbegriffe, insbes. S. 98 ff.) oder auch im weiten Oligopol (so etwa KANTZENBACH, insbes. S. 138 ff.; INGO SCHMIDT, WuW 1966, 701 f. und passim).

(7.231) durch den Wettbewerb nicht oder nur unvollkommen neutralisiert wird, in anderer Weise zu begegnen.

7.232 Daß der Wettbewerbsmechanismus allein nicht genügt, ein Maximum an gesellschaftlichem Nutzen und ein Minimum an Machtmißbrauch zu gewährleisten, war bereits den klassischen Nationalökonomen bewußt, die deshalb die Beachtung der Rule of Law innerhalb eines jeden wettbewerblich ausgerichteten Wirtschaftssystems postulierten [358], aus welchem Postulat unter anderem der Auftrag der Gesellschaft abgeleitet wurde, dafür zu sorgen, daß durch "unvermeidlich auftretende Monopole" [359] den Mitgliedern der Gesellschaft kein Schaden zugefügt werden kann.

7.233 Das geltende deutsche Recht versucht in den Bestimmungen des dritten und vierten Abschnittes des ersten Teils des GWB (insbesondere §§ 22 f., 26 Abs. 2 GWB), diesem Auftrag gerecht zu werden. Dort werden der Kartellbehörde gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen bestimmte Befugnisse eingeräumt, vor allem das Recht, solchen Unternehmen mißbräuchliches Verhalten zu untersagen. "Marktbeherrschend" sind Entscheidungseinheiten, die keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sind, die also andere als staatliche Sanktionen bei Machtmißbrauch nicht zu befürchten haben. Die der Kartellbehörde eingeräumten Befugnisse sind zwar sowohl wegen der Enge des Tatbestandes (die Behörde darf zu erwartenden Mißbräuchen nicht vorsorglich begegnen) wie wegen der Enge der Eingriffsmöglichkeiten (die Behörde kann lediglich ein Unterlassen durchsetzen - "untersagen" bzw. "Verträge für unwirksam erklären" - hingegen nicht Vertragsbedingungen selbst festsetzen oder ein

---

358) Vgl. HOPPMANN, Schutzobjekt, S. 82 f.

359) HOPPMANN, aaO., S. 82.

(7.233) Unternehmen zwingen, Verträge abzuschließen [360], ausserdem haben die vorgesehenen Sanktionen (§ 38 Abs. 4 GWB) für marktbeherrschende Entscheidungseinheiten wohl nur selten ausreichendes Gewicht) von sehr begrenzter Effektivität. Dadurch mag die Bekämpfung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht und insbesondere die Verhinderung des Entstehens gesamtwirtschaftlich nicht erwünschter Machtkonzentration praktisch in Frage gestellt sein. Das ändert jedoch nichts daran, daß dem geltenden deutschen Recht die Aufgabe gestellt ist, den Mißbrauch wirtschaftlicher Macht zu bekämpfen [361] und daß die Bekämpfung von Rechts wegen Sache staatlicher Organe ist [362].

7.234 Die Bekämpfung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht setzt voraus, daß alle Märkte ständig auf das Vorhandensein ausreichenden Wettbewerbs überprüft werden und den Märkten mit wenig Wettbewerb besondere Aufmerksamkeit gewidmet wird. Welche Tatsachen im einzelnen ermittelt werden müssen, um beurteilen zu können, ob auf einem Markt ausreichender Wettbewerb besteht oder

---

360) Unstreitig; vgl. statt aller BARTHOLOMEYCZIK im Gemeinschaftskommentar, § 22 Anm. 107.

361) Dieser Bekämpfung dienen auch §§ 138, 826 BGB, § 1 UWG.

362) Das Gesetz (§ 22 Abs. 5 GWB) zwingt die Kartellbehörden zwar nicht dazu, in allen Fällen, des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht einzuschreiten, es bleibt vielmehr dem pflichtgemäßen Ermessen der Behörde überlassen, ob sie einschreiten will oder nicht (so richtig JUNGE im Gemeinschaftskommentar, § 51 Anm. 4; unklar RASCH/WESTRICK, § 51 Anm. 3). Das kann aber nur bedeuten, daß die Kartellbehörde bei Sachverhalten von geringer wirtschaftlicher Tragweite mögliche Eingriffe unterlassen kann. In Fällen des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht wird ein Ermessensspielraum für die Kartellbehörde in aller Regel nicht bestehen, weil wegen der sich aus dem Mißbrauch für die Allgemeinheit ergebenden Gefahren jede andere Entscheidung der Behörde als die, mögliche Maßnahmen zu ergreifen, als Ermessensmißbrauch zu würdigen wäre.

(7.234) nicht, ist angesichts der Kontroversen um die Erfordernisse eines Wettbewerbsmarktes [363] problematisch. Eines ist jedoch gewiß: ohne Wissen darum, welche Entscheidungseinheiten überhaupt auf einem Markt tätig sind, läßt sich ein Urteil über die Wettbewerbsverhältnisse eines Martkes nicht fällen. Dabei läßt die Zahl der auf einem Markt vorhandenen Entscheidungseinheiten allein noch keine sicheren Schlüsse auf die Wettbewerbslage zu (auf einem oligopolistischen Markt herrscht unter Umständen viel intensiverer Wettbewerb als auf einem polypolistischen Markt), es kommt außerdem auf die Größe der Entscheidungseinheiten "und die zahlreichen Komponenten an, auf denen sie beruht" [364]. Solche Komponenten sind beispielsweise der Umsatz, die Kapitalverhältnisse, die Gewinnhöhe und die Zahl der Beschäftigten [365]. Feststellungen dazu [366] sind aber nur denkbar, wenn die zur Feststellung Berufenen - die zur Bekämpfung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht eingesetzten Organe - die einzelnen auf dem Markt vorhandenen Entscheidungseinheiten kennen.

7.235 Offenheit der Entscheidungsinstanzen zwecks Ermöglichung einer Bekämpfung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht könnte schon als gewährleistet angesehen werden, wenn eine hinreichende Publizität gegenüber den mit der Kontrolle beauftragten Organen besteht. Es sollte jedoch nicht übersehen werden, daß die Erfahrungen,

---

363) Vgl. Anm. 357.

364) BARTHOLOMEYCZIK im Gemeinschaftskommentar, § 22 Anm. 54.

365) Vgl. BARHTOLOMEYCZIK, aaO., Anm. 54 f.

366) Notfalls kann bei den Feststellungen Zwang ausgeübt werden (§ 46 GWB).

(7.235) vor allem in den USA [367], gelehrt haben, wie sehr die Arbeit solcher Kontrollorgane der moralischen Unterstützung durch die Öffentlichkeit, also durch die von der Machtausübung Betroffenen insgesamt bedarf, ja, es erscheint nicht unberechtigt, in die Wirksamkeit einer Kontrolle wirtschaftlicher Machtausübung bei bloßer Information der Kontrollorgane [368] erhebliche Zweifel zu setzen. Angesichts des politischen Gewichts, das den Inhabern wirtschaftlicher Macht in Staaten, die dem Wettbewerbssystem folgen, regelmäßig zukommt, ist das Arrangement der Kontrollierten mit den Kontrollierenden so wenig auszuschließen, daß man versucht ist, eine bekannte Parömie abzuwandeln: behördliche Kontrolle ist gut, Information der Öffentlichkeit ist besser [369].

7.24 Diesen Argumenten für eine Offenlegung von Entscheidungsinstanzen lassen sich keine stichhaltigen Gegenargumente entgegensetzen. Zwar ist denkbar, daß ein Interesse an Verdeckung oder Verheimlichung von Iden-

---

367) Die Federal Trade Commission als echte Antitrustbehörde mit weitgehenden Befugnissen hat Mißbräuche am entschiedensten bekämpft, wenn die Öffentlichkeit sich gegen die Macht der Großunternehmen zur Wehr setzte; vgl. ENGELMANN, S. 26 ff., 143, 147; MOXTER, S. 82 ff., die den allgemeinen Zusammenhang zwischen Interesse der Öffentlichkeit und wirksamer Bekämpfung wirtschaftlicher Macht aufzeigen.

368) Einer der bedeutendsten Vertreter solcher Skepsis ist EUCKEN, (Grundsätze, S. 170 ff.), der aufgrund historischer Beobachtungen die Wirksamkeit der Staatsaufsicht über die Inhaber wirtschaftlicher Macht prinzipiell bestreitet.

369) Den Öffentlichkeitsbezug "großer wirtschaftlicher Macht" betont auch RAISCH, BB 1971, S. 229 ff. und passim. RAISCH fordert eine genügend starke Präsenz des Staates im Großunternehmen (z.B. aaO., S. 233; ähnlich wohl auch BÖHM, Monopolkampf, S. 58 ff.) und leitet hieraus u.a. die Notwendigkeit einer staatlichen Fusionskontrolle ab.

(7.24) titäten, an Vortäuschung von Konkurrenzsituationen u.ä. besteht, aber ein solches Interesse verdient keinen Schutz. Offenlegung von Entscheidungsinstanzen ist in einer freiheitlichen demokratischen Rechtsordnung, die ein Wettbewerbssystem zu verwirklichen sucht, rechtlich geboten.

7.30 Es bleibt jedoch die Frage, was "Offenlegung von Entscheidungsinstanzen" konkret heißt, welche Umstände, Bewandtnisse oder Sachverhalte in welcher Weise publik zu machen sind, damit das Ziel eines rechtlichen Zwangs zur Offenlegung erreicht werden kann.

7.31 "Offenlegung von Entscheidungsinstanzen" muß zunächst bedeuten, daß die Entscheidungseinheit als solche in der Weise gekennzeichnet ist, daß ihre Identität im Verhältnis zu anderen Entscheidungseinheiten und mit sich selbst im Zeitablauf sichtbar wird.

7.32 Mit einer solchen Kennzeichnung ist jedoch die Individualität einer Entscheidungseinheit noch nicht offengelegt. Eine ausreichende Offenlegung findet vielmehr nur dann statt, wenn der Mensch oder die Menschen identifizierbar sind, die die Entscheidungseinheit als solche (das "Unternehmen" nicht als Inbegriff von Sachen, Rechten usw., sondern als Instanz freier Entscheidung [370]) bilden. Das sind beim Einzelkaufmann der Inhaber, bei der offenen Handelsgesellschaft die persönlich haftenden Gesellschafter, bei der GmbH die Geschäftsführer und Gesellschafter, bei der AG die Mitglieder des Vorstandes (evtl. auch Mitglieder des Aufsichtsrats). Erst die Kenntnis dieser Personen

---

370) Siehe zu RN 4.122.

(7.32) und der Art und Weise ihrer Beziehung zu dem unter irgendeiner Kennzeichnung auftretenden Gebilde "Unternehmen" ermöglicht es, die Inhaber der Entscheidungsbefugnisse zu erkennen und so Entscheidungseinheiten voneinander zu unterscheiden.

7.33 Identifizierung und Indiviudalisierung von Entscheidungseinheiten müssen nicht nur Kontrollbehörden und den Marktteilnehmern möglich sein, die konkret oder typischerweise mit den in Frage kommenden Entscheidungseinheiten Geschäfte abschließen. Ganz abgesehen davon, daß der Versuch, die Publizität in dieser Weise zu beschränken, kaum zu institutionalisieren wäre, und abgesehen davon, daß die wirksame Bekämpfung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht Information der Öffentlichkeit fordert [371], ist es für die Schaffung offener Märkte [372] unerläßlich, jedermann die in Betracht kommenden Informationsmöglichkeiten einzuräumen. Wer beabsichtigt, auf einem Markt als Produzent oder Händler tätig zu werden, muß, um Chancen und Risiken eines solchen Vorhabens beurteilen zu können, mindestens erfahren können, welche Entscheidungseinheiten auf dem Markt bereits tätig sind.

7.34 Wenn demnach Identifizierung und Individualisierung jedermann möglich sein müssen, so bedeutet das nicht, daß die Lieferung der erforderlichen Informationen ganz zu Lasten der betroffenen Entscheidungseinheit gehen muß. Das könnte diese Entscheidungseinheit schwer belasten, ohne daß diese Belastung von den

---

371) Siehe zu RN 7.235.

372) Vgl. EUCKEN, Grundlagen, S. 91 ff., 106 ff., insbes. S. 91 f.; ders., Grundsätze, S. 264 ff.

(7.34) Gründen für einen Zwang zur Offenlegung her sachlich geboten wäre. Identifizierung und Individualisierung müssen jedermann möglich sein; das kann bedeuten, daß es nicht genügt, wenn die erforderliche Information nur unter großem Aufwand erlangt werden kann, aber es braucht nicht zu bedeuten, daß die erforderliche Information jedermann jederzeit frei Haus geliefert wird.

7.40 Allen diesen Überlegungen trägt die durch "eigene Firma" und/oder öffentlich bekanntzumachende Eintragung im Handelsregister bewirkte Publizität Rechnung.

7.41 Das Erfordernis einer eigenen Firma, das für alle Vollkaufleute, für die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft (§ 6 Abs. 1 HGB), die Aktiengesellschaft (§ 3 AktG), die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 13 Abs. 3 GmbHG), die Genossenschaft (§ 17 Abs. 2 GenG) und alle sonstigen für die Wirtschaft verwendbaren Gesellschaftsarten (Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, Stiftung, bergrechtliche Gewerkschaft und wirtschaftlicher Verein; § 16 VAG bzw. §§ 1, 2, 3, 33 f. HGB) gilt, geht ja nicht nur dahin, daß Entscheidungseinheiten bei jedem Geschäft als solche hervortreten [373], sondern zwingt dazu, bei jedem Auftreten am Markt diese eine Bezeichnung zu benutzen (§ 17 Abs. 1 HGB). Diese Verpflichtung, der Zwang zu Firmenwahr-

---

373) Siehe zu RN 6.1.

(7.41) heit und Firmenklarheit [374] und das Änderungen erschwerende Gebot, jede Firma im Handelsregister eintragen und bekanntmachen zu lassen [375], sorgen dafür, daß die Möglichkeit der Identifizierung, der Feststellung der Identität einer Entscheidungseinheit im Verhältnis zu anderen und mit sich selbst im Zeitablauf [376], für jedermann jederzeit besteht.

7.42 Die Feststellung der Individualität einer Entscheidungseinheit, der die Entscheidungsinstanz bildenden Personen [377], wird durch den Zwang zu Eintragungen

---

374) Beide Prinzipien sind nicht in Reinheit verwirklicht. Die wichtigsten Ausnahmen vom Gebot der Firmenwahrheit ergeben sich aus §§ 21, 22, 24 HGB. Von Firmenklarheit kann nicht die Rede sein, wenn man es zuläßt, daß Einzelkaufleute und die unter §§ 33 - 36 HGB fallenden juristischen Personen für verschiedene Betriebsbereiche mehrere verschiedene Firmen führen (so KG JW 1936, S. 1680 Sp. 2). Ebenso wird das Gebot der Firmenklarheit verletzt, wenn dieselben Gesellschafter mehrere OHG mit jeweils verschiedenen Firmen bilden, eine allgemein anerkannte Möglichkeit (vgl. HUECK, OHG, S. 16. f. m.w.Nachw.): das Publikum geht in solchen Fällen davon aus, daß verschiedene Entscheidungseinheiten bestehen, obwohl trotz möglicher unterschiedlicher Beteiligung an den jeweiligen Gesellschaftsvermögen die Verwaltungs- und Vertretungsbefugnisse der einzelnen Gesellschafter stets gleich sind, vgl. §§ 114, Abs. 1, 119 HGB. Die zutreffende Ansicht, daß eine OHG nur eine Firma haben darf (vgl. HUECK, aaO., S. 12 m.w.Nachw.), wird so wieder in Frage gestellt. Vgl. zu dem Problemkreis auch unten Anm. 486).

375) Die Eintragungspflicht ergibt sich für Einzelkaufleute aus § 29 HGB, für alle Handelsgesellschaften aus § 6 Abs. 1 HGB i.V. mit § 29 HGB, für sonstige juristische Personen aus § 33 HGB. Die Notwendigkeit der Bekanntmachung von Eintragungen folgt aus § 10 HGB.

376) Siehe zu RN 7.31.

377) Siehe zu RN 7.32.

(7.42) in das Handelsregister (die öffentlich bekanntgemacht werden) und das Recht jedes Interessierten, jederzeit in das Handelsregister Einsicht zu nehmen (§ 9 Abs. 1 HGB) ermöglicht. Einzutragen sind Einzelkaufleute, die in ihrem Unternehmen eine Firma führen, ebenso wie die Gesellschafter der Personalgesellschaften oder die Namen der Personen, die berechtigt sind, das Unternehmen nach außen zu vertreten, mag die Vertretungsmacht (die regelmäßig nicht beschränkt werden kann [378]) auf Satzung oder Gesellschaftsvertrag [379] oder auf der Bestellung zum Prokuristen [380] beruhen.

7.430 Eine Publizität verlangt auch die Regelung der Stellvertretung im deutschen Recht, nach welcher verdeckte Vertretung unzulässig ist (§ 164 BGB). Diese Regelung ist für uns von besonderem Interesse, weil nur sie in Beziehung zur Privatautonomie und damit zu einem wesentlichen Bestandteil einer Wettbewerbsordnung gesetzt wird, so etwa, wenn gefolgert wird, daß die "Offenkundigkeit der Fremdbezogenheit des Geschäfts" erforderlich ist, damit der Geschäftsgegner "weiß oder wissen kann, mit wem er es zu tun hat, wer sein Geschäftspartner wird" [381].

7.431 Die handelsrechtlichen Publizitätsvorschriften dagegen werden - soweit ersichtlich - nirgends als wesentliche Voraussetzung privatautonomer Gestaltung von Rechtsverhältnissen begriffen oder sonst ausdrücklich als not-

---

378) § 126 Abs. 2, § 161 Abs. 2 HGB, § 82 Abs. 1 AktG, § 37 Abs. 2 GmbHG, § 27 Abs. 2 GenG.

379) §§ 33 f. HGB, § 40 HandelsregisterVO, §§ 106, 162 HGB, §§ 39 f. AktG, § 10 GmbHG, §§ 10 f. GenG.

380) § 53 Abs. 1 HGB.

381) LARENZ, Allg. Teil, S. 544; ähnlich FLUME, Rechtsgeschäft, S. 764.

(7.431) wendiger Teil einer Wettbewerbsordnung genannt. Lediglich FRANZ BÖHM [382] weist auf das Erfordernis der Publizität von Marktvorgängen hin, meint aber im wesentlichen nicht äußere, sondern inhaltliche Publizität. Der Zweck der handelsrechtlichen Publizitätsvorschriften, insbesondere der Registerzwänge, wird durchweg nur darin erblickt, das Handelsregister solle "etwas über die rechtlichen Voraussetzungen für die Kreditgeber aussagen" [383]. Die Interessen von Gläubigern können aber nicht erklären, warum jedermann die Einsichtnahme in das Handelsregister möglich ist.

7.432 Umfang und Inhalt der handelsrechtlichen Registerpublizität werden jedoch ohne weiteres einsichtig, wenn man in ihr ein Instrument der Sicherung des Wettbewerbs sieht, einen Beitrag zur Lösung der Aufgabe, Entscheidungseinheiten als mögliche Partner rechtsgeschäftlicher Gestaltung zu Offenlegungen zu zwingen, die jedermann unschwer die Feststellung ihrer Identät und Individualität erlauben. Es mag füglich bezweifelt werden, daß dem historischen Gesetzgeber die Notwendigkeit äußerer Publizität für die Verwirklichung von Privatautonomie und Wettbewerbsordnung bewußt war, das ändert jedoch nichts daran, daß seine Vorschriften äussere Publizität von Entscheidungseinheiten gewährleisten und daß diese Gewährleistung für die Verwirklichung der von unserer Rechtsordnung anerkannten Werte Privatautonomie und Wettbewerbsfreiheit unentbehrlich ist.

7.50 Dieser Sinngebung steht nicht entgegen, daß es zahlreiche Rechtsgeschäfte wirtschaftlichen Inhalts gibt, bei denen für mindestens einen Partner die Möglichkeit der

---

382) Monopolkampf, S. 42 f., 58 f.

383) RITTNER, Publizität, S. 16 mit weit. Nachw.

(7.50) Individualisierung des anderen durch registermäßig gesicherte äußere Publizität nicht gewährleistet ist: Rechtsgeschäfte mit und zwischen Minderkaufleuten [384], Landwirten [385], Angehörigen freier Berufe und sonstigen Personen.

7.510 Daß solche Geschäfte ohne notwendige äußere Publizität aller Beteiligten geschlossen werden können, ist zumindest insoweit nicht systemwidrig, als die Geschäftspartner, die keinem Zwang zu äußerer Publizität unterliegen, bei ihrer Teilnahme am Markt typischerweise keine für das Funktionieren der Wettbewerbsordnung relevante Macht ausüben, wie dies für den sogenannten Endverbraucher regelmäßig der Fall ist. Soweit dabei im Einzelfall Macht mißbraucht wird, genügen die Sanktionen der §§ 134, 138, 826 BGB.

7.511 Die erwähnten Gestaltungen sind weiter insoweit unproblematisch, als bei ihnen das Fehlen einer Registerpublizität die Freiheit der Auswahl von Vertragspartnern [386] nicht in Frage stellt. In der ganz überwiegenden Mehrzahl der Fälle treten Minderkaufleute, Landwirte, Angehörige freier Berufe und sonstige Personen im Rechtsverkehr nicht unter Sammelbezeichnungen auf, die Identifizierung und Individualisierung erschweren oder gar unmöglich machen könnte, ganz abgesehen davon, daß in diesen Fällen häufig entweder auf eine verläßliche Identifizierung bewußt verzichtet wird (sei es, weil es sich um Bargeschäfte handelt, sei es, weil das Risiko einer Kreditgewährung trotz nicht gesicherter Identifizierung von vorneherein in Kauf genommen wird)

---

384) Vgl. den die Firma betreffenden Vorbehalt in § 4 Abs. 1 HGB.

385) Landwirte sind nicht verpflichtet, eine Firma zu führen, wie sich aus § 3 Abs. 1 HGB i.V. mit § 17 Abs. 1 HGB (arg.) ergibt.

386) Siehe zu RN 7.222.

(7.511) oder ein Zwang zu persönlicher Selbstdarstellung besteht (Ärzte, Architekten, Handwerker u.ä.). Dieser Zwang ist die Kehrseite des Gewichts persönlicher Faktoren für die Wahlentscheidung der Gegenseite, das die Bedeutung der Geschäftsbedingungen soweit übertrifft, daß das Gesetz für Verträge in diesen Bereichen die Bemessung der Vergütung ausdrücklich dem in anderen Bereichen als verkapptes Kartell verdächtigen "gleichförmigen Verhalten" [387] einer Marktseite überläßt ("die taxmäßige Vergütung" bzw. "die übliche Vergütung" in § 612 Abs. 2 und § 631 Abs. 2 BGB) [388].

7.512 Problematisch wird der Verzicht auf notwendige äußere Publizität für "Endverbraucher", Landwirte, Minderkaufleute und Freiberufliche allerdings, wenn Angehörige dieses Personenkreises tatsächlich in ihrer jeweiligen wirtschaftlichen Rolle Macht ausüben, sei es, daß sie sich zusammenschließen (z.B. in einem "Kartell" von Endverbrauchern), sei es, daß ihnen auch ohne einen Zusammenschluß nicht neutralisierte Macht zukommt (etwa landwirtschaftlichen Großbetrieben). Was hier sichtbar wird, ist jedoch nichts anderes als die - auch außerhalb des Kartellrechts bestehende - Problematik der Bestimmung des (für die Registerpublizität maßgebenden) Kaufmannsbegriffe, der seit langem als "positivistische

---

387) § 22 Abs. 2 GWB. Vgl. hierzu statt aller SANDROCK, Grundbegriffe, S. 355 ff., 380 ff.

388) Dieses Argument ist von MESTMÄCKER in Gesprächen verschiedentlich vorgetragen und von mir übernommen worden.

(7.512) Zufälligkeit" [389] kritisiert wird [390].

7.5130 Problematisch ist auch die Behandlung der atypischen stillen Gesellschaft, also der "Ab"-Art der stillen Gesellschaft, bei welcher der nach außen nicht in Erscheinung tretende stille Gesellschafter aufgrund vertraglicher Vereinbarungen mit dem Geschäftsinhaber die Geschäfte der Gesellschaft maßgebend bestimmen kann [391]. Dabei sehen Rechtsprechung [392] und Schrifttum [393] es als zulässig an, daß der stille Gesellschafter "seine Rolle 'als Stiller' (aufgibt) und ... sich aktiv an der Erreichung des Gesellschaftszweckes (:beteiligt)" [394]. Hierbei wird regelmäßig ein Problem nur [395] in der Frage gesehen, wie weit das Weisungs-

---

389) RAISCH, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 194.

390) Vgl. vor allem RAISCH, aaO., S. 193 ff. mit ausführlichen w.Nachw. Wenn RAISCH (aaO., S. 194 und passim) fordert, daß für die Anwendung handelsrechtlicher Normen Größe und Betriebsweise von Unternehmen maßgebend sein sollen, so fordert er Publizität für Unternehmen mit relevanter Marktmacht, für die Unternehmensgröße oder Betriebsweise nur Indizien sind. Im Sinne dieser Forderungen wären ein "Kartell" von Endverbrauchern oder landwirtschaftliche Großbetriebe den handelsrechtlichen Normen und damit dem Zwang zu äußerer Publizität zu unterwerfen.

391) Vgl. SCHLEGELBERGER/GESSLER, § 335 Anm. 20 a mit w.Nachw.

392) Vgl. etwa BGHZ 7, S. 17 ff.; BGHZ 8, S. 157 ff.; BGH WM 1961, S. 574.

393) Vgl. SCHLEGELBERGER/GESSLER, § 335 Anm. 42; H.P. WESTERMANN, S. 314 ff.; RGRK (HGB)/WEIPERT, § 335 Anm. 60.

394) H.P. WESTERMANN, S. 314.

395) Bezeichnend H.P. WESTERMANN, aaO.: "Es braucht heute kaum noch darüber diskutiert zu werden, ob eine echte Geschäftsführungsbeteiligung des Stillen zulässig ist, obwohl die Einräumung jeder Art von Geschäftsführungsbefugnis an ihn dem Gesetzestypus gewiß 'wesensfremd' ist."

(7.5130) recht der Stillen gehen darf [396], ohne daß der Gesellschaftsvertrag in einen Dienstvertrag "umschlägt" [397]. Publizitätsgesichtspunkte werden nur am Rande erwähnt. So heißt es bei HARM PETER WESTERMANN [398]: "Außenstehende können sich niemals darauf verlassen, es im Geschäftsinhaber mit einem eigenverantwortlichen Wirtschaftenden zu tun zu haben. Ihr Schuldner kann in Wirklichkeit dem Stillen fast wie ein Angestellter unterworfen sein, seine Haftung als Geschäftsinhaber kann durch die Aussonderung wichtiger Teile des Betriebsvermögens zugunsten des Stillen entwertet werden". Wie sich dies auf die von ihm selbst betonte "Partnerwahlfreiheit" [399] auswirkt und wie diese Auswirkungen zu bewerten sind, bleibt unerörtert.

7.5131 Selbst wenn dem sogenannten "Umschlag des Gesellschaftsvertrages in einen Dienstvertrag die Bedeutung zuerkannt wird, daß der "Stille" für die vom "Geschäftsinhaber" eingegangenen Verbindlichkeiten haftet [400], werden regelmäßig weitere Konsequenzen nicht behandelt [401]. Ist der sogenannte "Geschäftsinhaber"

---

396) Vgl. SCHLEGELBERGER/GESSLER und WESTERMANN, beide aaO.

397) Vgl. SCHLEGELBERGER/GESSLER, aaO.; RGRK (HGB)/WEIPERT, aaO., Anm. 40; H.P. WESTERMANN, S. 315 ff.

398) S. 308.

399) H.P. WESTERMANN, S. 24.

400) So PAULIK, Stille Gesellschaft, S. 118 ff.; wohl auch RASNER, S. 133 (unklar allerdings S. 80 f.); aA. BGH in BB 1964, S. 327; wohl auch KOENIGS, Stille Gesellschaft, S. 237 f.

401) Bezeichnend PAULIK, aaO., S. 113 ff., der neben den Erscheinungsformen der atypischen stillen Gesellschaft lediglich Haftungsfragen behandelt (S. 118 ff.); kaum weiterführend RASNER, S. 88 ff., 128 ff.

.7.5131) in Wahrheit Angestellter des "Stillen", dann ist dieser der Geschäftsinhaber nicht nur hinsichtlich der Schuldenhaftung, sondern auch hinsichtlich der Registerpflichten. Seine Haftung für die Geschäftsschulden müßte also durch seine Eintragung in das Handelsregister ergänzt werden [402], während der sogenannte "Geschäftsinhaber" je nach Lage der Dinge als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter, vielleicht auch als Mitgesellschafter zu behandeln wäre [403]. Dem "Typenmißbrauch" (der nicht bei jeder atypischen Gestaltung vorzuliegen braucht, aber sicherlich dann zu bedenken ist, wenn von einem "Umschlag" in einen anderen Typus gesprochen werden kann) ist jedenfalls ebenso wie bedenklichen "Strohmanngeschäften" u.ä. [404] auch ohne Eingreifen des Gesetzgebers schon nach §§ 117, 133 bis 140, 157 BGB [405] wirksam zu begegnen [406].

---

402) Das wird allerdings soweit ersichtlich, nirgends auch nur andeutungsweise behauptet.

403) Vgl. hierzu RASNER, S. 75 ff.

404) Vgl. FLUME, Rechtsgeschäft, S. 406 ff.; LARENZ, Allg. Teil, S. 371; v. TUHR, S. 188 ff, 800 f, 812.

405) Mit der Zaghaftigkeit der Zivilrechtsdogmatik, den Schleier der gebrauchten Worte zu durchstoßen und das wirklich Gewollte gelten zu lassen, vergleiche man die Behandlung solcher Gestaltungen im Steuerrecht (vgl. statt aller PAULIK, aaO., S. 282 ff.: Der Stille als Mitunternehmer), die in manchem für das Zivilrecht beispielgebend sein könnte (hier wie etwa auch in der Behandlung verdeckter Gewinnausschüttungen zum Nachteil von Gesellschaftsmitgliedern erweist sich, um mit MESTMÄCKER zu sprechen, "das Steuerrecht als das bessere Zivilrecht"; daß dies keineswegs immer so ist, beweist die Behandlung der GmbH & Co KG durch das Steuerrecht, die nicht einmal begriffsjuristisch, sondern nur "wortjuristisch" erklärbar ist).

406) Der Problematik der atypischen stillen Gesellschaft vergleichbare Probleme wirft das (von der stillen Gesellschaft nur schwer abzugrenzende) Darlehen mit Kontroll- und Weisungsrechten des Darlehensgebers auf, ein Geschäft, mit dem versucht wird, die Bestimmungsrechte eines Teilhabers mit dem Vorrecht zu verbinden, das im Falle der Liquidation einem

7.6 Hindern demnach die Fälle fehlender äußerer Publizität nicht, den handelsrechtlichen Publizitätsvorschriften die Funktion zuzuerkennen, einen Beitrag zur Lösung der Aufgabe zu liefern, Entscheidungseinheiten als mögliche Partner rechtsgeschäftlicher Gestaltungen von wirtschaftlichem Gewicht zu Offenlegungen zu zwingen, die jedermann unschwer die Feststellung ihrer Identität und Individualität erlauben [407], so bleibt noch nachzutragen, daß nur von dieser Sinngebung her Regelungen zu erklären sind, die in den bisherigen Darlegungen zu Umfang und Inhalt der Registerpublizität [408] nicht erwähnt worden sind: die Regelung, die die Wirksamkeit von Unternehmensverträgen von der öffentlich bekanntzumachenden Eintragung in das Handelsregister abhängig macht (§ 294 Abs. 2 AktG); der Zwang zur Einreichung einer Liste der Gesellschafter einer GmbH zum Handelsregister (§ 40 GmbHG), wo sie von jedermann eingesehen werden kann [409]; die öffentliche Bekanntmachung der Beschlüsse der Hauptversammlung der AG (§ 130 AktG) und vergleichbarer Organe der Genossenschaft (§§ 43, 47 GenG) und des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit (§ 36 VAG i.V. mit § 130 AktG); der Zwang zur Angabe der Namen der Vorstandsmitglieder und des Vorsitzenden des Aufsichtsrates der AG auf Geschäftsbriefen (§ 80 AktG).

7.70 Setzt das Funktionieren eines Wettbewerbssystems, vom "psychologischen Mechanismus der Konkurrenz" über die Freiheit der Auswahl der Vertragspartner bis zur Bekämpfung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht, vor-

---

(406)) Gläubiger gegenüber einem Teilhaber zukommt (das Forderung von Einlage unterscheidet), ein Geschäft also, bei dem "der gute Tropfen" gleich zweimal genossen und ein "böser" gar nicht geschluckt werden soll.

407) Siehe zu RN 7.432.

408) Siehe zu RN 7.42.

409) Vgl. statt aller BAUMBACH/HUECK, GmbHG, § 40 Anm. B.

(7.70) aus [410], daß die Entscheidungseinheiten von jedermann jederzeit unschwer identifiziert und individualisiert werden können [411], so muß bei dem Versuch, ein Wettbewerbssystem zu erhalten und zu schützen, wie ihn das deutsche Recht im GWB unternimmt, die Erschwerung oder Verhinderung solcher Identifizierung und Individualisierung bekämpft werden. Das heißt nicht, daß man sich darauf beschränken müsse, also nicht weitergehen und die Bildung nicht neutralisierter wirtschaftlicher Macht nicht auch dann bekämpfen könne, wenn die Inhaber solcher Macht identifizierbar und individualisierbar sind. So weit geht jedoch das deutsche Recht nicht. Es gestattet durch die verfassungsmäßig garantierte Anerkennung vererblicher subjektiver Rechte an "Ressourcen" und die unbeschränkte Zulassung "interner" Mehrung solcher Rechte den Erwerb und die Innehabung monopolistischer Stellungen; es ist daher nur konsequent, wenn es externes Unternehmenswachstum zuläßt und sich damit begnügt, die Machtausübung monopolistischer Entscheidungseinheiten auf das Vorliegen von Mißbräuchen zu überprüfen.

7.71 Es muß daher angenommen werden, daß das deutsche Recht mit der wichtigsten Bestimmung des GWB, dem Kartellverbot, die Bekämpfung nicht identifizierbarer und nicht individualisierbarer wirtschaftlicher Macht bezweckt, wenn es möglich ist, die danach zu bekämpfenden Sachverhalte von anderen abzugrenzen. Diese Voraussetzung ist durch das Kriterium der notwendigen äußeren Publizität erfüllt [412]. Dem Kartellverbot ist demnach die Funktion zuzuerkennen, die Verschleierung der Identi-

---

410) Siehe zu RN 7.2.

411) Siehe zu RN 7.3.

412) Siehe zu RN 7.4 bis 7.6.

(7.71) tät und Individualität der Inhaber wirtschaftlich relevanter Macht zu verhindern.

7.72 Von diesem Verständnis her wird erklärbar, warum das deutsche Recht nur Verträge, nicht auch als rechtlich unverbindlich gemeinte Absprachen bekämpft [413]. Begründen solche Absprachen keine Verbindlichkeiten und damit keine Ansprüche, so gewähren sie keine "Chance, den eigenen Willen auch gegen Widerstrebende durchzusetzen" [414], keine Macht. Wer der "Bindung" durch solche Absprachen "widerstrebt", ist durch sie weder "dinglich" noch "obligatorisch" gehindert, seinem Widerstreben Lauf zu lassen: er ist frei [415].

7.731 Daß das deutsche Recht nur bestimmte Verträge bekämpft, steht dem hier entwickelten Verständnis des Kartellverbots nicht entgegen. Wer als Darlehensschuldner seine Preise so festsetzen muß, daß seine Erlöse Zinszahlung und Amortisation erlauben, wer als Arbeitgeber unter Druck höhere Löhne konzediert und deshalb seine Preise "anheben" muß, steht hinsichtlich seines Marktverhaltens unter ökonomischem, nicht unter rechtlichem Zwang; er täuscht, wenn er als Unternehmer, als Entscheidungseinheit, als Instanz freier Entscheidung über Wettbewerbshandlungen auftritt, keine rechtliche Freiheit vor, die ihm nicht zukäme [416]. Ganz anders der Unternehmer, der rechtlich gehalten ist, Wettbewerbshandlungen zu

---

413) Siehe zu RN 4.40 (insbes. Anm. 142).

414) Siehe Anm. 341.

415) Das GWB selbst spricht davon, daß eine obligatorische "Bindung" zu einer "Beschränkung der Freiheit" führen kann (§ 18 Satz 1 Nr. 1; im Ergebnis ebenso § 15).

416) Ökonomischer Zwang zu Wettbewerbshandlungen (Zinssätze, Lohnniveau u.ä.) wird typischerweise nicht verschleiert, sondern - sofern schon getäuscht wird - eher zu Unrecht vorgekehrt.

(7.731) unterlassen, die ihm möglich und zulässig sind. Er hat sich, wenn die Unterlassungspflicht auf Vertrag beruht, mit diesem Vertrag eines Teils seiner Entscheidungsautonomie begeben; er kann bestimmte Entscheidungen zwar noch wirksam fällen, aber er darf nicht mehr, ist also rechtlich nicht mehr frei. Entscheidungskompetent hinsichtlich der von ihm zu unterlassenden Handlung ist jetzt, wer ihn von den Sanktionen eines Verstoßes gegen die Unterlassungspflicht freistellen kann.

7.732 Nach einer solchen Verlagerung von Entscheidungskompetenzen hinsichtlich Wettbewerbshandlungen kann das betroffene Unternehmen hinsichtlich der verlagerten Kompetenzen noch weiter als Entscheidungseinheit auftreten, es stellt aber nicht mehr die kompetente Entscheidungseinheit dar. Nur diese Verschleierung der Verlagerung von Entscheidungskompetenzen ist zu bekämpfen. Sie zu bekämpfen, soweit sie durch Abschluß und Erfüllung von Gesellschaftsverträgen erfolgt [417], ist Sinn und Zweck des Kartellverbots.

---

417) Der Bekämpfung der Verschleierung durch "sonstige Verträge" dienen §§ 15 ff. GWB. Daß in diesen Bestimmungen nicht die Beschränkung von Freiheit schlechthin bekämpft wird, sondern die Beschränkung von Freiheit unter Vorspiegelung des Fortbestands von Freiheit, ist - anders als beim Kartellverbot - offensichtlich. Die "Freiheit der Gestaltung von Preisen und Geschäftsbedingungen bei Verträgen über Waren oder über gewerbliche Leistungen" beschränkt auch, wer sein Unternehmen in eine OHG einbringt, als deren geschäftsführender Gesellschafter er an die Zustimmung der Mitgesellschafter gebunden ist, oder wer sich der "Leitungsmacht" eines "herrschenden Unternehmens" ausliefert oder sonst einen Fusionsvertrag schließt. Freiheitsbeschränkung (Freiheitsverlust) durch solche Verträge wird aber, wie der Wortlaut eindeutig erkennen läßt (nichtig sind freiheitsbeschränkende "Verträge über Waren oder gewerbliche Leistungen"), durch § 15 GWB nicht bekämpft.

8 Verbotene und erlaubte wettbewerbsbeschränkende Gesellschaftsverträge (Abwesenheit und Vorliegen notwendiger äußerer Publizität)

8.0 Die unterschiedliche Behandlung von Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern und sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Gesellschafts-verträgen kann demnach sinnvoll an das einzige Kriterium der Abgrenzung beider Vertragsgruppen, die notwendige äußere Publizität, anknüpfen. Sie ist aber auch nur insoweit sachlich begründbar. Das bedeutet, daß alle Zurechnungen einzelner Formen unternehmerischer Kooperation zu den Fusionsverträgen oder zu den Kartellverträgen unbegründet sind, soweit zu den Fusionsverträgen wettbewerbsbeschränkende Gesellschaftsverträge ohne notwendige äußere Publizität oder zu den Kartellverträgen wettbewerbsbeschränkende Gesellschaftsverträge mit notwendiger äußerer Publizität gerechnet werden. Sachlich begründet ist die Festlegung des Geltungsbereiches des Kartellverbotes also nur dann, wenn die Festlegung an Abwesenheit oder Vorliegen notwendiger äußerer Publizität anknüpft und nicht an eine aus sonstigen Gründen vorgenommene Typisierung oder Klassefizierung eines Vertrages. Wie demgemäß die Grenzen zwischen Verbot und Erlaubnis ohne Inkaufnahme von Wertungswidersprüchen im einzelnen zu ziehen ist, bedarf der näheren Darlegung, die zugleich dazu dienen kann, dem Einwand begriffsjuristischer Deduktion zu begegnen und Sinnhaftigkeit und Brauchbarkeit des Unterscheidungsmerkmals in jedem Einzelfall deutlich zu machen.

8.10 Die Darlegung erfolgt zweckmäßig in der Weise, daß von Gestaltungen, in denen notwendige äußere Publizität unzweifelhaft fehlt, ausgehend zu problematischeren Gestaltungen wettbewerbsbeschränkender Gesellschaftsverträge [418]

---

418) Zu der Vielfalt der Gestaltungsformen solcher Verträge vgl. die umfassenden Übersichten bei HELD, S. 15 ff. und passim; STAUDINGER-GEILER, Anhang zu 705 ff., Anm. 112 ff.

(8.10) fortgeschritten wird [419].

8.110 Als Grundfall verbotener kartellistischer Zusammenarbeit gilt das Kartell, das als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts organisiert ist.

8.111 Der Gesellschaftsvertrag, durch den das Kartell gegründet wird, "bindet" die Gesellschafter hinsichtlich Wettbewerbshandlungen, über deren Vornahme oder Nichtvornahme sie vor Vertragsschluß frei entscheiden konnten. Hinsichtlich dieser Handlungen entscheidungskompetent [420] ist jetzt die Gemeinschaft der Kartellmitglieder ("das Kartell"), also alle vertragsschließenden Entscheidungseinheiten gemeinsam nach Maßgabe des im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Verfahrens (d.h. sofern Majorisierungen im Gesellschaftsvertrag zugelassen sind, auch gegen den Willen des betroffenen Gesellschafters).

8.112 Der Vertrag führt also zur Bildung einer neuen Entscheidungseinheit. Durch ihn wird das Kartell gleichsam Mitgesellschafter einer jeden Entscheidungseinheit, die im Kartellvertrag Kompetenzen auf das Kartell verlagert hat. Die sich nach Vertragsschluß und -erfüllung ergebende Situation ist für die beteiligten Unternehmen vergleichbar mit einer personellen Änderung in der Geschäftsleitung, die nicht mehr nur aus den bisherigen Geschäftsführern, geschäftsführenden Gesellschaftern oder Vorstandsmitgliedern besteht, sondern aufgrund des Kartellvertrages erweitert wird um "das Kartell", um die zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts verbundenen Kartellmitglieder, wobei die Geschäftsfüh-

---

419) Dabei wird zwischen "Gründung einer Gesellschaft" und "Beitritt zu einer Gesellschaft" nicht unterschieden, da der "Beitritt" für den Beitretenden in jeder Hinsicht der "Gründung" gleichsteht.

420) Siehe zu RN 7.731 a.E.

(8.112) rungsbefugnis des neuen "Mitgesellschafters" durch den Inhalt des Kartellvertrages bestimmt wird.

8.113 Der durch Abschluß und Erfüllung des Kartellvertrages herbeigeführten Verlagerung von Entscheidungskompetenzen von den einzelnen vertragsschließenden Entscheidungseinheiten auf das Kartell fehlt notwendige äußere Publizität. Identifizierung und Individualisierung sind nur hinsichtlich der am Markt als Entscheidungseinheiten auftretenden Kartellmitglieder, nicht aber hinsichtlich der in Wahrheit kompetenten neuen Entscheidungseinheit verläßlich und ohne Schwierigkeiten (wenn überhaupt) möglich. Die Kompetenz des Kartells hinsichtlich von Wettbewerbshandlungen der Gesellschafter wird weder bei deren Eintrag im Handelsregister noch in anderer Weise verläßlich offengelegt, ja die Existenz des als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts organisierten Kartells kann völlig geheim bleiben.

8.12 Das Gleiche gilt für Kartelle, die in der Form nichtrechtsfähiger Vereine organisiert sind [421]. Auch hier werden Entscheidungskompetenzen der einzelnen Mitglieder auf das Kartell verlagert, ohne daß der Bildung der neuen Entscheidungseinheit notwendige äußere Publizität zukäme.

8.130 Problematischer ist, ob Kartelle als rechtsfähige Vereine organisiert werden können [422]. Dabei wird in erster Linie darum gestritten, ob Kartelle "Idealvereine" sind. Selbst wenn diese Frage zu bejahen ist, insofern

---

421) Sie werden allgemein den Kartellen in der Form der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gleichgestellt; vgl. statt aller Frankfurter Kommentar, Einl. C Tz. 150 f.

422) Vgl. HELD, S. 62 ff.

(8.130) also keine Bedenken gegen die Zulässigkeit bestehen, bleibt jedoch fraglich, ob das Erfordernis notwendiger äußerer Publizität gewahrt ist.

8.131 Auch Kartelle, die als rechtsfähige Vereine organisiert sind, führen zu einer Verlagerung von Entscheidungskompetenzen von den einzelnen Mitgliedern auf das Kartell. Dieser Verlagerung kommt jedoch keine notwendige äußere Publizität zu. Zwar ist das Kartell infolge der notwendigen Eintragung in das Vereinsregister identifizierbar, aber die neue Entscheidungseinheit ist nicht verläßlich individualisierbar. Da die Mitgliederversammlung dem Vorstand auch hinsichtlich der Geschäftsführung Weisungen erteilen kann (§ 27 Abs. 2 BGB), sind letztlich nicht die aus dem Vereinsregister zu ersehenden Vorstandsmitglieder, sondern die Mitglieder des Vereins entscheidungskompetent. Die Mitglieder jedoch müssen nicht im Vereinsregister ausgewiesen werden (§ 64 BGB), so daß nicht jedermann jederzeit verläßlich erfahren kann, welchen Personen die Entscheidungskompetenz innerhalb des Kartells zukommt.

8.132 Darüberhinaus sind die einzelnen Kartellmitglieder nicht verpflichtet, die Mitwirkung des Kartells an den Entscheidungen, als deren Urheber die Kartellmitglieder auftreten, zu publizieren. Kartelle in der Form rechtsfähiger Vereine unterscheiden sich also trotz der ihnen zukommenden Rechtspersönlichkeit im Hinblick auf die notwendige äußere Publizität der Kartellorganisation nicht von den bisher erörterten Rechtsformen von Kartellen. Sie sind wie diese vom Kartellverbot betroffen.

8.140 Eine wesentlich verfeinerte Kartellorganisation ist die sogenannte Doppelgesellschaft, die Verbindung einer als Gesellschaft bürgerlichen Rechts organisierten Grundgesellschaft mit einer in der Regel als juristische Person formierten Organgesellschaft, wobei die

(8.140) Organgesellschaft Beschlüsse der Grundgesellschaft durchzuführen, insbesondere gegen widerstrebende Kartellmitglieder, die auch gegenüber der Organgesellschaft zur Einhaltung ihrer Pflichten als Gesellschafter der Grundgesellschaft verpflichtet sind, durchzusetzen hat [423].

8.1410 Für diese Organisation kann anderes als für das Kartell in der Form der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nur gelten, wenn Existenz und Auftreten der Organgesellschaft eine verschiedene Behandlung rechtfertigen.

8.1411 Der Organgesellschaft kommt im Regelfall (GmbH, bisweilen auch AG) notwendige äußere Publizität hinsichtlich Existenz und Vertretung (bei GmbH auch hinsichtlich der Mitgliedschaft) zu. Aber diese Organgesellschaft hat keine Entscheidungskompetenz, sie ist lediglich weisungsgebundenes abhängiges Instrument der Grundgesellschaft, also der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, auch wenn sie Mitglied der Grundgesellschaft ist [424]. Neue Entscheidungseinheit ist die Grundgesellschaft, entscheidungskompetent die Gesellschafterversammlung dieser Gesellschaft. Kartelle, die als Doppelgesellschaft organisiert sind, sind daher nicht anders zu behandeln, als wenn die Organgesellschaft nicht bestünde.

---

423) Vgl. HELD, S. 97 ff.

424) Ob sie dies ist, hängt ausschließlich von dem konkreten Inhalt des Gesellschaftsvertrages der Grundgesellschaft ab. Der Streit um die Entscheidungsrechte der Organgesellschaft in der Grundgesellschaft (vgl. HELD, S. 100 f. m.w.Nachw.) ist also allenfalls als Diskussion eines Problems ergänzender Vertragsauslegung von Belang.

8.1412 An diesem Ergebnis ändert sich auch dann nichts, wenn sämtliche Gesellschafter der Grundgesellschaft zugleich Gesellschafter bzw. Geschäftsführer oder Vorstandsmitglieder der Organgesellschaft sind. Zwar ist in diesem Fall Identifizierung und Individuali ierung des Kartells durch die Vertragspartner der Organgesellschaft möglich, sofern die Organgesellschaft in ihrer Satzung den Gegenstand des Unternehmens wahrheitsgemäß beschreibt und der Gegenstand des Unternehmens - wie im deutschen Recht für die in Frage kommenden Rechtsformen vorgeschrieben [425] - registermäßig ausgewiesen werden muß. Wenn dieser Ausweis dahingeht, daß die Organgesellschaft die Geschäfte des Kartells zu führen habe, dem die Unternehmen "A", "B" und "C" angehören, so kann jedermann die neue Entscheidungseinheit "Kartell" identifizieren und individualisieren. Wem aber lediglich die Unternehmen "A", "B" oder "C" begegnen, die ja im Verkehr als Entscheidungseinheiten auftreten, der kann die Mitwirkung des Kartells bei den Wettbewerbshandlungen, als deren Urheber die Unternehmen erscheinen, nicht verläßlich ermitteln. Beim Ausweis der Unternehmen im Handelsregister fehlt jeder Hinweis auf die Zugehörigkeit zum Kartell; die Unternehmen sind nicht verpflichtet und nicht berechtigt, eine entsprechende Eintragung im Handelsregister vornehmen zu lassen; ebensowenig müssen sie bei ihrem Auftreten im Verkehr auf die Mitwirkung des Kartells, dem sie angehören, hinweisen. Vertragspartner der Unternehmen können also über Identität und Individualität der Entscheidungseinheit, mit der sie kontrahieren, getäuscht werden.

8.150 Ist demnach die Doppelgesellschaft vom Kartellverbot betroffen, weil der Errichtung einer Organgesellschaft

---

425) Vgl. § 33 Abs. 2 HGB; § 39 AktG; § 10 GmbHG.

(8.150) keine Relevanz zukommt, so liegt der Gedanke nahe, dem Kartellverbot dadurch zu entgehen, daß man auf eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts als Grundgesellschaft verzichtet. Um einen solchen Versuch geht es in der Sache bei der sogenannten SonderleistungsGmbH [426].

8.151 Bei Kartellen, die in der Form der Sonderleistungs-GmbH organisiert sind, obliegen den Gesellschaftern gegenüber der GmbH Verpflichtungen zur Befolgung wettbewerbsbeschränkender Festsetzungen der Geschäftsführung oder der Gesellschaftsversammlung (z.B. über die Einräumung von Rabatten oder über Preisgrenzen) bis hin zu der Verpflichtung, die eigene Produktion ganz oder teilweise der GmbH zum Vertrieb zur Verfügung zu stellen, als "andere Verpflichtungen" im Sinne von § 3 Abs. 2 GmbHG. Im einzelnen ist umstritten, wie das Sonderleistungsverhältnis gestaltet sein muß, um den Erfordernissen des GmbHG zu genügen, insbesondere den Vorschriften der §§ 2, 3 Abs. 3, 53 GmbHG, wonach Änderungen des Gesellschaftsvertrages, also auch Abänderungen der Sonderleistungspflichten, notarieller Beurkundung bedürfen und "eine Vermehrung der den Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrag obliegenden Leistungen ... nur mit Zustimmung sämtlicher beteiligter Gesellschafter beschlossen werden kann" (§ 53 Abs. 3 GmbHG) [427]. Über die grundsätzliche gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit der Auferlegung von Verpflichtungen zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten besteht hingegen Einigkeit [428].

---

426) Nebenleistungsaktiengesellschaften sind im Hinblick auf § 55 AktG als Organisationsform von Kartellen nicht geeignet. Für die Genossenschaft mit Sonderleistungspflichten (die nach allgemeiner Ansicht - vgl. HELD, S. 93 m.w.Nachw. - auch in Unterlassungspflichten bestehen dürfen), gelten die im Text folgenden Ausführungen entsprechend.

427) Vgl. HELD, S. 83 ff. m.w.Nachw.

428) BAUMBACH-HUECK, GmbHG, § 3 Anm. 8 A.

8.152 Die Sonderleistungs-GmbH unterscheidet sich also von der Doppelgesellschaft, bei der sämtliche Mitglieder der Grundgesellschaft zugleich der Organgesellschaft angehören, nur durch das Fehlen der Grundgesellschaft und durch die Qualifizierung der Verpflichtungen der Kartellmitglieder (dort Verpflichtungen aus dem Gesellschaftsvertrag der Grundgesellschaft, hier "andere Verpflichtungen" gemäß Satzung der GmbH). Hinsichtlich der notwendigen äußeren Publizität hat dieser Unterschied jedoch keine Bedeutung. Hier wie dort besteht zwar die Möglichkeit unschwerer und verläßlicher Identifizierung und Individualisierung des Rechtssubjektes Sonderleistungs-GmbH, aber keine verläßliche Möglichkeit, im Verkehr mit den Mitgliedern, die weiterhin als Entscheidungseinheiten auftreten, zu erfahren, daß diese relevante Entscheidungskompetenzen auf die GmbH verlagert haben. Kartelle in der Form der Sonderleistungs-GmbH sind daher wie Kartelle in der Form der Doppelgesellschaft vom Kartellverbot betroffen [429].

8.153 Etwas anderes könnte jedoch in dem Sonderfall gelten, daß die "andere Verpflichtung" nach § 3 Abs. 2 GmbHG den Gesellschaftern auferlegt, ihre gesamte Produktion der GmbH zum Vertrieb zur Verfügung zu stellen. Hat die Erfüllung dieser Verpflichtung zur Folge, daß die Mitglieder nicht mehr als Wettbewerber auftreten, so findet keine Verschleierung der Verlagerung von Entscheidungskompetenzen statt, die zu bekämpfen Sinn und Zweck des Kartellverbots ist. In diesem Fall stellt die Sonderleistungs-GmbH ein "totales Syndikat" dar, eine besondere Gestaltung eines Kartells, die auch in anderen Formen als der der Sonderleistungs-GmbH organisiert werden kann und die als problemati-

---

429) Allgemeine Meinung, vgl. statt aller Frankfurter Kommentar, § 1 Tz. 17 f.; Einl. C Tz. 153.

(8.153) scher Fall besonderer Erörterung bedarf [430].

8.20 Zuvor sind jedoch die Gestaltungen zu erörtern, deren Behandlung als - vom Kartellverbot nicht betroffene - Fusionsverträge unproblematisch erscheint.

8.210 Als Grundfälle erlaubter Fusion von Wettbewerbern können die Errichtung von Handelsgesellschaften durch konkurrierende Kaufleute unter Einbringung ihrer bisherigen Handelsgeschäfte und die Verschmelzung von AGs durch Neubildung angesehen werden.

8.211 Diese "Fusionen" führen dazu, daß eine neue Entscheidungseinheit entsteht, die schon durch die neue Firma als solche gekennzeichnet ist und die regelmäßig auch andere Personen umfaßt als jede der beteiligten früheren Entscheidungseinheiten. Das Erfordernis einer eigenen Firma und die handelsrechtlichen Registervorschriften sorgen dafür, daß die neue Entscheidungseinheit von jedermann jederzeit identifiziert und individualisiert werden kann. Der Errichtung einer Handelsgesellschaft (OHG, KG, GmbH, AG, KGaA) und der Verschmelzung durch Neubildung kommt also notwendige äussere Publizität zu [431].

8.212 Im Gegensatz zu der Errichtung einer GmbH als Organgesellschaft oder als Sonderleistungs-GmbH werden jedoch Existenz und Kompetenz der neuen Entscheidungseinheit nicht an anderer Stelle verschleiert. Die an der Fusion beteiligten Unternehmen treten nach deren Durchführung nicht mehr als Entscheidungseinheiten auf; die Verlagerung der Entscheidungskompetenz von ihnen auf die neue Handelsgesellschaft wird nicht nur auf der Seite des neuen Inhabers, sondern auch von der

---

430) Siehe zu RN 8.3.

431) Siehe zu RN 6.161, 6.162, 7.41, 7.42.

(8.212) Seite der früheren Inhaber der Kompetenz her offengelegt [432]. Es gibt keine Verschleierung solcher Verlagerung, nichts, was nach Sinn und Zweck des Kartellverbots zu bekämpfen wäre. Solche Fusionen sind vom Kartellverbot nicht betroffen.

8.213 An diesem Ergebnis ändert sich nichts, wenn die fusionierenden Unternehmen nach Durchführung der Fusion als mehr oder weniger selbständige Zweigniederlassungen der neuen Entscheidungseinheit betrieben werden. Zweigniederlassungen treten als solche, d.h. als Teil einer größeren Entscheidungseinheit auf; sie können eine "eigene Firma" nur als Zusatz zur Firma der Gesellschaft führen [433], sämtliche eintragungspflichtigen Tatsachen bezüglich der Hauptniederlassung sind im Handelsregister der Zweigniederlassung zu vermerken (§ 13 a Abs. 3 HGB), umgekehrt muß im Register der Hauptniederlassung eingetragen werden, welche Zweigniederlassungen eine Hauptniederlassung hat (§ 13 Abs. 4 HGB). Eine zu bekämpfende Verschleierung von Identität und Individualität der Entscheidungseinheit findet also nicht statt.

8.22 Problematischer sind die Fälle der Errichtung einer Handelsgesellschaft, in denen die Gründer zwar auch ihre Handelsgeschäfte einbringen, aber auch nach dieser

---

432) Im Falle der Errichtung einer Handelsgesellschaft unter Einbringung der Handelsgeschäfte der Gründer erlöschen die Firmen der Gründer, was nach § 31 Abs. 2 HGB in das Handelsregister einzutragen ist; die Verschmelzung durch Neubildung ist nach § 353 Abs. 8 AktG in die Handelsregister aller sich vereinigenden Gesellschaften einzutragen.

433) Die Handelsgesellschaft kann, auch wenn sie mehrere Betriebe hat, nicht mehrere Firmen führen (vgl. statt aller BAUMBACH-DUDEN, § 17 Anm. 1 E und schon oben Anm. 374).

(8.22) Einbringung noch "Kaufleute" sind. Das ist insbesondere bei der Errichtung einer Handelsgesellschaft durch juristische Personen des Handelsrechts der Fall. Errichten die Aktiengesellschaften A, B, C, D und E eine OHG oder eine GmbH, in die sie ihre Unternehmen einbringen, so betreiben sie nach dieser Einbringung zwar kein Handelsgewerbe mehr, im Gegensatz zu dem Fall, daß A, B, C, D und E natürliche Personen sind, erlischt aber deswegen die Firma nicht, da "Gegenstand des Unternehmens" einer AG auch die Verwaltung einer Beteiligung an einer OHG sein kann, die AG also eine Firma führen kann und muß, auch wenn sie kein Handelsgewerbe betreibt [434]. In der Sache unterscheidet sich diese Gestaltung nicht von der Errichtung eines totalen Syndikats durch Einzelkaufleute, die einen Teil ihres bisherigen Geschäfts fortführen, weshalb auf sie erst im Zusammenhang der Erörterung der Problematik solcher Syndikate näher einzugehen ist [435].

8.230 Werden in diesen Fällen wie bei der Errichtung einer Handelsgesellschaft als Organgesellschaft neue Entscheidungseinheiten mit notwendiger äußerer Publizität geschaffen, ohne daß der Verlagerung von Entscheidungskompetenzen auf der anderen Seite, der Seite der bisherigen Inhaber dieser Kompetenzen, solche Publizität zukommt, so geschieht nahezu das Umgekehrte im Falle der Verschmelzung durch Aufnahme (§§ 340 ff. AktG) [436], wenn dabei die Leitung der aufnehmenden Gesellschaft keine personelle Veränderung erfährt. Eine solche Ver-

---

434) Vgl. §§ 3, 4 AktG.

435) Siehe zu RN 8.3.

436) Diese Vorschriften gelten nur, wenn die aufnehmende Gesellschaft eine AG oder KGaA ist. Andere Gesellschaften müßten (von dem in § 15 UmwG geregelten Sonderfall abgesehen), um eine solche Aufnahme durchführen zu können, zu diesem Zweck in eine AG oder KGaA umgewandelt werden.

(8.230) schmelzung führt nicht zu einer Veränderung von Identität und Individualität der "aufnehmenden" Entscheidungseinheit, sondern nur zu einer Erweiterung des gegenständlichen Bereichs des Unternehmens [437], wird also bei deren Auftreten im Verkehr nicht bemerkbar. Umgekehrt verschwindet die aufgenommene Gesellschaft ganz aus dem Verkehr. Die Verschmelzung ist daher, ganz abgesehen davon, daß sie in die Handelsregister beider Gesellschaften eingetragen werden muß (§§ 345 f. AktG), im Hinblick auf das Kartellverbot unbedenklich; sie ist wettbewerbsrechtlich und wettbewerbspolitisch einer Erweiterung des gegenständlichen Bereichs des Unternehmens durch Kauf oder durch Kapitalerhöhung gegen Einlagen gleichzuwerten [438].

8.231 Die Verschmelzung durch Aufnahme ist aber auch dann kartellrechtlich unbedenklich, wenn sie zu einer Änderung der personellen Zusammensetzung der Leitung der aufnehmenden Gesellschaft, also zu einer Änderung der Individualität dieser Entscheidungseinheit führt. Die Verschmelzung selbst ist hinsichtlich beider beteiligten Gesellschaften aus dem Handelsregister ersichtlich, die Individualisierung der neuen Entscheidungseinheit ist jedermann möglich [439], die aufgenommene Gesellschaft kann nicht weiter als Entscheidungsein-

---

437) Siehe zu RN 4.122.

438) Das zeigt sich nicht nur in der Tatsache, daß die Verschmelzung unter Erhöhung des Grundkapitals der aufnehmenden Gesellschaft nach den Vorschriften über die Kapitalerhöhung gegen Einlagen durchgeführt werden kann (§ 343 AktG), sondern noch deutlicher in der Möglichkeit, das Ergebnis einer solchen "Verschmelzung" durch entgeltliche Übernahme des Vermögens der aufzunehmenden Gesellschaft und anschließende Liquidation dieser Gesellschaft zu erreichen (welche Möglichkeit dann gewählt werden muß, wenn die aufnehmende Gesellschaft keine AG oder KGaA ist).

439) Siehe zu RN 7.42.

(8.231) heit auftreten. Was geschehen ist, wird offengelegt, es gibt keine nach Sinn und Zweck des Kartellverbots zu bekämpfende Verschleierung der Verlagerung von Entscheidungskompetenzen.

8.240 Nicht ganz so einfach liegen die Dinge beim Abschluß von Unternehmensverträgen (§§ 291 ff. AktG), von denen in erster Linie der "Beherrschungsvertrag" (§ 291 Abs. 1 Satz 1 AktG) interessiert [440], und bei der "Eingliederung" von Gesellschaften (§§ 319 ff. AktG).

8.241 Beherrschungsvertrag [441] und Eingliederung haben gemeinsam, daß die Leitung eines Unternehmens (beim Beherrschungsvertrag: einer AG oder KGaA; bei der Eingliederung: einer AG) einem anderen Unternehmen (bei der Eingliederung: einer AG) mit der Folge unterstellt wird, daß die Leitung dieses anderen Unternehmens der Leitung des beherrschten oder eingegliederten ("abhängigen") Unternehmens Weisungen erteilen kann, die selbst dann zu befolgen sind, wenn ihre Ausführung für das abhängige Unternehmen Nachteile bringt (§§ 308, 323 AktG). Gemeinsam ist ferner, daß das abhängige Unternehmen weiterhin im Verkehr auftritt, daß aber die Begründung der Abhängigkeit die Eintragung von Beherrschungsvertrag oder Eingliederung im Handelsregister des abhängigen Unternehmens voraussetzt (§§ 294, 319 Abs. 3 und 4 AktG).

---

440) Andere Unternehmensverträge, die Gesellschaftsverträge sind (Gewinnabführungsverträge, Gewinngemeinschaften), werden, soweit sie überhaupt rein vorkommen (also nicht als Elemente eines gemischten Vertrages, der auch beherrschungsvertragliche Elemente enthält), praktisch wohl nur im Rahmen bestehender faktischer Konzernverhältnisse geschlossen.

441) Dazu wird im folgenden auch ein "gemischter" Unternehmensvertrag gerechnet, soweit er - neben anderen Rechtsfolgen - "die Leitung (einer AG oder KGaA) einem anderen Unternehmen unterstellt" (§ 291 Abs. 1 Satz 1 AktG).

8.242 Ein Unterschied besteht insofern, als die Entstehung des Abhängigkeitsverhältnisses nach dem Wortlaut des Gesetzes im ersten Falle einen Vertrag der beteiligten Unternehmen (der der Zustimmung der Hauptversammlungen der beteiligten Gesellschaften mit der für Satzungsänderungen erforderlichen Mehrheit bedarf), im Falle der Eingliederung einen Beschluß der Hauptversammlung der einzugliedernden Gesellschaft (deren Anteile sich zu mindestens 95 % in der Hand der zukünftigen Hauptgesellschaft befinden müssen) und die Zustimmung der Hauptversammlung der zukünftigen Hauptgesellschaft voraussetzt. Diesem Unterschied könnte die Bedeutung zukommen, daß der Entstehungstatbestand nur im ersten Falle von kartellrechtlicher Relevanz ist, weil bei der Eingliederung kein Gesellschaftsvertrag, ja überhaupt kein Vertrag geschlossen werde, was aber das Kartellverbot notwendig voraussetze [442]. Ob dem so ist, kann jedoch dahinstehen, wenn diese Gestaltungen schon aus anderen Gründen vom Kartellverbot nicht betroffen sind.

8.243 Daß Beherrschungsverträge nicht vom Kartellverbot betroffen werden, ist nahezu allgemeine Meinung [443]:

---

442) Argumente in dieser Richtung finden sich etwa bei KARTTE, WuW 1963, S. 566 f.

443) Vgl. FIKENTSCHER, Interessengemeinschaft, S. 32, HARMS, S. 125 ff., ULRICH HUBER, ZHR 131, 195, beide m.w.Nachw.; a.A. MIETHKE, S. 81 ff., 99.

(8.243) "Konzerne sind keine Kartelle" [444]. Dem Satz ist jedoch nur zuzustimmen, wenn Beherrschungsverträgen notwendige äußere Publizität so zukommt, daß bei ihrer Erfüllung keine Verschleierung einer Verlagerung von Entscheidungskompetenzen stattfindet. Die Wirksamkeit des Vertrages setzt seine Eintragung in das Handelsregister der abhängigen Gesellschaft voraus. Größere Publizität ist weder gesellschaftsrechtlich geboten noch tatsächlich die Regel; die abhängige Gesellschaft tritt weiter als Entscheidungseinheit auf und auf der Seite der herrschenden Gesellschaft braucht das Bestehen des Beherrschungsverhältnisses in keiner Weise publik zu werden. Da jedoch eine Verlagerung von Entscheidungskompetenzen von dieser Seite auf eine andere Entscheidungseinheit nicht stattgefunden hat, ist dieses Fehlen einer Publizität ebenso unschädlich wie der Umstand, daß eine Verschmelzung durch Aufnahme aus Firma und Zusammensetzung der Geschäftsleitung der aufnehmenden Gesellschaft nicht ersichtlich wird [445]. Umgekehrt tritt zwar das Unternehmen, das Entschei-

---

444) ULRICH HUBER, aaO. HUBER selbst kommt zu einer differenzierenden Stellungnahme, indem er nur die konzernbildenden Verträge vom Kartellverbot ausnimmt, die zu wirtschaftlicher Verflechtung von solcher Intensität führen, daß "fusionsähnliche Tatbestände" vorliegen (aaO., S. 196 f., 230 ff., 253 f.). Beherrschungsverträge sollen nach ihm deshalb von § 1 GWB nicht betroffen sein, weil sie keine Gesellschaftsverträge oder gesellschaftsähnliche Verträge seien (aaO., S. 205 ff.). HUBERS Begründung, "das eine Unternehmen verfolge den Zweck zu herrschen, das andere den Zweck sich zu unterwerfen", was "zwei verschiedene Zwecke, kein gemeinsamer Zweck" seien, überzeugt jedoch nicht: sie setzt eine Rechtsfolge des Vertrages mit dem Zweck gleich, zu dessen Erreichung die Rechtsfolge dienen soll; die entscheidende Frage "warum wird gewollt, daß der eine herrscht, der andere sich unterwirft" wird nicht gestellt.

445) Siehe zu RN 8.23.

(8.243) dungskompetenzen abgegeben hat, weiterhin als Entscheidungseinheit auf, die Verlagerung kann aber von jedermann jederzeit aus dem Handelsregister ersehen werden (weshalb sie auch weithin den Interessierten bekannt sein dürfte). Eine Verschleierung dieser Verlagerung findet nicht statt. Der Beherrschungsvertrag ist daher nach Sinn und Zweck des Kartellverbotes von diesem nicht betroffen.

8.244 Für die Eingliederung muß, da sie sich hinsichtlich der Publizität vom Beherrschungsvertrag nicht unterscheidet, das Gleiche gelten. Die Frage, ob bei ihr ein Vertrag i.S. von § 1 GWB geschlossen wird, braucht also nicht beantwortet zu werden.

8.250 Beherrschungsvertrag und Eingliederung sind nicht die einzigen Tatbestände der Begründung eines Konzernverhältnisses. "Unterordnungskonzerne" (§ 18 Abs. 1 AktG) können auch dadurch zustandekommen, daß ein Unternehmen die Mehrheit der Anteile an einem anderen Unternehmen erwirbt und dieses Unternehmen im Rahmen eines "faktischen Konzerns" [446] mit der Folge "beherrscht", daß seine "Leitungsmacht" das Recht einschließt, eine abhängige AG oder KGaA zu einem "nachteiligen Rechtsgeschäft" oder zu "Maßnahmen zu ihrem Nachteil" zu veranlassen, sofern nur "die Nachteile ausgeglichen werden" (§ 311 Abs. 1 AktG). Die Verträge über den Erwerb der Anteile werden ganz allgemein nicht zu den Kartellverträgen gerechnet, weil sie Kauf- oder Tauschverträge, also keine Gesellschaftsverträge sind [447]. Sie werden kartellrechtlich dem entgeltlichen Erwerb des "gegenständlichen Bereichs des Unternehmens" [448], dem Aufkauf eines Handelsgeschäfts oh-

---

446) Vgl. statt aller ULRICH HUBER, aaO., S. 199 ff., 218

447) Vgl. ULRICH HUBER, aaO., S. 222 f., 234.

448) Siehe zu RN 4.122.

(8.250) ne Veränderung hinsichtlich der Beteiligungsverhältnisse an der verkaufenden Gesellschaft, gleichgewertet, obwohl beim Erwerb der Anteile, nicht aber beim Erwerb des Handelsgeschäfts eine Verlagerung von Entscheidungskompetenzen hinsichtlich der Leitung eines Unternehmens als Entscheidungseinheit stattfindet. Dieser Verlagerung kommt notwendige äußere Publizität auf der Seite des Betroffenen zu, wenn das abhängige Unternehmen eine Personalgesellschaft ist, an der das herrschende Unternehmen eine relevante Beteiligung erworben hat, oder eine GmbH ist, an der das herrschende Unternehmen die Mehrheit der Geschäftsanteile erworben hat [449]. Ist das abhängige Unternehmen eine AG, so ist der Erwerb einer die Beherrschung erlaubenden Beteiligung [450] nach § 20 AktG dem betroffenen Unternehmen mitzuteilen und von diesem "in den Gesellschaftsblättern bekanntzumachen" (§ 20 Abs. 6 AktG). Im Ergebnis besteht also bei Personalgesellschaften und bei der GmbH eine notwendige äußere Publizität, die der der Eingliederung [451] nahekommt, bei der AG eine notwendige äußere Publizität, die zwar keine Eintragung in das Handelsregister enthält, aber doch jedermann die Feststellung des Sachverhalts ermöglicht. Daß der Erwerb von Mehrheitsbeteiligungen mit der Folge der Entstehung eines Konzerns weder von § 1 noch von § 15 GWB [452] betroffen wird, stellt also keinen Widerspruch zu den Wertungen dar, die nach der hier

---

449) Siehe zu RN 7.32, 7.42, 7.6.

450) Das im Text folgende gilt schon für den Erwerb einer Beteiligung von 25 % und gesondert noch einmal für den Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung i.S. von § 16 Abs. 1 AktG.

451) Siehe zu RN 8.245.

452) Siehe Anm. 417.

(8.250) entwickelten Auffassung hinter diesen Vorschriften stehen.

8.251 Wettbewerbsbeschränkend können sich auch "Gleichordnungskonzerne" (§ 18 Abs. 2 AktG) auswirken, also die Zusammenfassung mehrerer "rechtlich selbständiger Unternehmen", von denen keines von einem anderen beteiligten Unternehmen abhängig ist, "unter einheitlicher Leitung". Eine Zusammenfassung durch "Unternehmensvertrag" kommt hier nicht in Betracht, da der einzige konzernbildende Typus, der Beherrschungsvertrag, ein Abhängigkeitsverhältnis begründet, also zu einem "Unterordnungskonzern" führt. Zusammenfassungen, die nicht auf einem Vertrag beruhen (in erster Linie: einheitliche Leitung kraft Personalunion), bieten für das Kartellverbot keinen Ansatz. Es bleibt also nur zu prüfen, wie Verträge, die zur Entstehung eines Gleichordnungskonzerns führen, im Hinblick auf das Kartellverbot zu beurteilen sind.

8.252 Daß ein Vertrag, durch den sich "Unternehmen, die voneinander nicht abhängig sind, unter einheitliche Leitung (stellen), ohne daß dadurch eines von ihnen von einem anderen vertragsschließenden Unternehmen abhängig wird", kein Beherrschungsvertrag i.S. von § 291 Abs. 1 AktG ist, wird durch § 291 Abs. 2 AktG klargestellt. Diese Klarstellung ist dahin zu ergänzen, daß der Vertrag auch nicht auf Errichtung eines gemeinsamen Unternehmens und Unterstellung der Vertragspartner unter dieses Unternehmen gehen kann, da ein solcher Vertrag wegen der letztgenannten Rechtsfolge ein Beherrschungsvertrag wäre. Die "einheitliche Leitung" darf also kein selbständiges Unternehmen darstellen. Was statt dessen gewählt wird, bleibt den Beteiligten freigestellt. In jedem Falle aber wird ein Vertrag, durch den eine "einheitliche Leitung" der Vertragsbeteiligten herbeigeführt wird, zu einem gemeinsamen

(8.252) Zweck geschlossen. Begründet dieser Gesellschaftsvertrag kein Unternehmen, so ist die durch ihn geschaffene Organisation eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (häufig "Interessengemeinschaft" genannt [453]), obwohl dieser Ausdruck auch verwandt wird, wenn kein Gleichordnungskonzern besteht, ja, ohne daß die konzernrechtliche Problematik erwähnt wird [454]). Dem Vertrag und den Vertragsfolgen kommt weder auf der Seite der Gesellschaft noch auf der Seite der Gesellschafter notwendige äußere Publizität zu, so daß er als vom Kartellverbot betroffen anzusehen ist, wenn er - was ja keineswegs die Regel ist - geeignet ist, die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen. "Gleichordnungskonzerne" können also durch Vertrag nur begründet werden, wenn die Konzernpolitik keine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den verbundenen Unternehmen impliziert [455].

---

453) Vgl. KLEIM, S. 20 f. m.w.Nachw.

454) Vgl. KLEIM, S. 21. Wie hier ULRICH HUBER, aaO., S. 243 f.

455) Dieses nach Sinn und Zweck des Kartellverbots unumgängliche Ergebnis widerspricht nicht den Bestimmungen des AktG, die ja für andere Gleichordnungskonzerne (vertikale Zusammenschlüsse) ihren Sinn behalten. Der Problematik wird freilich - ausgenommen die Stellungnahme von FIKENTSCHER, Interessengemeinschaft, insbes. S. 23 ff., 39 ff., 45 ff., 52 ff.; HUBER, aaO., S. 242 ff. - weder in der kartellrechtlichen noch in der konzernrechtlichen Literatur besondere Beachtung geschenkt, so daß meistens zweifelhaft bleibt, ob pauschale Äußerungen zu "konzernbildenden Verträgen" o.ä. sich auch auf den speziellen Fall des wettbewerbsbeschränkenden vertraglichen Gleichordnungskonzerns beziehen sollen. Auch hier differenzierend HUBER, aaO., S. 245 ff., der "die vertragliche Begründung eines Gleichordnungskonzerns" dann vom Kartellverbot ausnimmt, wenn ein "fusionsähnlicher Tatbestand" infolge der engen Bindung der Kontrahenten besteht (aaO., S. 247 f.).

8.30 Beim vertraglich begründeten Gleichordnungskonzern stellt sich also zum ersten Male die Frage, ob eine bestimmte Gestaltung nach dem hier entwickelten Kriterium der Unterscheidung zwischen verbotenen und erlaubten wettbewerbsbeschränkenden Gesellschaftsverträgen anders zu behandeln ist, als dies üblicherweise angenommen wird. Diese Frage, die hinsichtlich des vertraglich begründeten Gleichordnungskonzern nach dem Stand der Literatur kaum zu beantworten ist [456], stellt sich auch für die Behandlung des Syndikats, das allgemein als verbotenes Kartell angesehen wird [457].

8.310 Als "Syndikate" oder "Absatzkartelle" werden Organisationen bezeichnet, die durch Gesellschaftsvertrag zu dem Zweck errichtet werden, den Absatz der Mitglieder zentral über eine Verkaufsstelle zu steuern: "Die Verkaufsstelle übernimmt entweder die Produkte der Mitglieder und setzt sie selbst ab (Verkaufssyndikat)

---

456) Für die in Anm. 455 beklagte Unschärfe ist kennzeichnend, daß nebeneinander behauptet wird (GODIN-WILHELMI, § 18 Anm. 9 und § 291 Anm. 2), zur vertraglichen Begründung eines Gleichordnungskonzerns genüge die Schaffung irgendeines Leitungsgremiums, wenn "sich daraus tatsächlich eine Leitungsmacht dieses Gremiums ergebe", Kartellverträge setzten zwar "eine einheitliche Leitung mit mehr oder weniger umfassender Zuständigkeit" ein, seien aber keine konzernbildenden Verträge, ohne daß auch nur die Frage gestellt wird, was denn zu gelten hat, wenn aus der durch Kartellvertrag begründeten "mehr oder weniger umfassenden Zuständigkeit" eine "tatsächliche Leitungsmacht" wird (Umschlag vom Verbotenen zum Erlaubten oder argumentum a fortiori?). Und dies ist nur eines von vielen möglichen Beispielen.

457) Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 GWB, Vorbem. 16, 21, MÜLLER-HENNEBERG im Gemeinschaftskommentar, Vorbem. 15 zu § 1; RASCH/WESTRICK, vor § 1 Anm. 5; § 5 Anm. 26; STAUDINGER-GEILER, Anhang zu 705 ff., Anm. 108 ff.

(8.310) oder sie führt nur die Verkaufsverhandlungen, sammelt die Aufträge und verteilt sie auf die Mitglieder (Vermittlungssyndikat)" [458].

8.311 Solange Syndikate nicht eine vollständige Integrierung der Absatzwege ihrer Mitglieder durchgeführt haben, solange also die einzelnen Kartellmitglieder selbst neben dem Syndikat eine eigene Absatzorganisation unterhalten, durch die sie in eigenem Namen anbieten (als Entscheidungseinheit auftreten), bieten Syndikate kein spezielles Problem. Sind die Mitglieder durch den Gesellschaftsvertrag hinsichtlich ihrer Wettbewerbshandlungen gebunden, so wird diese Verlagerung von Entscheidungskompetenzen nicht notwendig publik; der Gesellschaftsvertrag ist vom Kartellverbot betroffen.

8.312 Wenn jedoch die Kartellmitglieder auf jede eigene Absatzorganisation verzichten und entweder überhaupt nicht oder nur als Stellvertreter der Verkaufsorganisation des Syndikats (entweder die einzige bestehende Gesellschaft selbst oder eine besondere Organgesellschaft) anbieten, so tritt als Anbieter nur noch diese Verkaufsorganisation auf, deren Errichtung notwendige äußere Publizität zukommt: Es handelt sich um eine Handelsgesellschaft (Personalgesellschaft oder Kapitalgesellschaft) die eine eigene Firma hat und auch den sonstigen Publizitätsvorschriften für Handelsgesellschaften unterliegt.

8.313 Dieser Publizität steht - anders als im Fall der einfachen Organgesellschaft [459] - auf der anderen Seite, der Seite der Mitglieder, kein Auftreten als Entschei-

---

458) Frankfurter Kommentar, Einl. C, Tz. 147.

459) Siehe zu RN 8.1412, 8.152.

(8.313) dungseinheit unter Verschweigen der Verlagerung von Entscheidungskompetenzen gegenüber. Die Dinge liegen insofern ähnlich wie bei dem Verschwinden von Unternehmen infolge vollständiger Fusion [460], unterscheiden sich jedoch dadurch, daß dort die Unternehmen vollständig aus dem Markt verschwinden, während sie hier bestehen bleiben und nur nicht mehr in einer bestimmten Marktfunktion, als Anbieter bestimmter Leistungen, auftreten. Insoweit besteht wiederum weitgehende Parallelität zu dem Fall der Errichtung einer Handelsgesellschaft durch juristische Personen unter Einbringung der bisherigen Unternehmen (i.S. des Gegenstandsbereichs) [461]. Soweit danach eine Verschleierung der Verlagerung von Entscheidungskompetenzen nicht stattfindet, muß das Syndikat als vom Kartellverbot nicht betroffen behandelt werden.

8.32 Dieses Ergebnis ist unumgänglich, wenn daran festgehalten wird, daß Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern vom Kartellverbot ausgenommen sein können, selbst wenn dabei der hier entwickelten Begründung dieser Annahme, die wiederum eine Ungleichbehandlung der Syndikate ausschließt, nicht gefolgt wird. Wenn A, B, C, D und E als Einzelkaufleute ihren Absatz "syndikalisieren", Einkauf und Produktion aber selbständig weiterführen wollen, so brauchen sie nur für Einkauf und Produktion selbständige Unternehmen (etwa als Einmann-GmbH) zu gründen und die verbliebenen als Einzelkaufleute betriebenen Absatzunternehmen zur OHG zu "fusionieren", und schon liegt auch nach herrschender Meinung nicht mehr ein verbotenes Kartell, sondern eine erlaubte Fusion vor. Daß nach herrschender Meinung die Errichtung einer OHG durch fünf Kaufleute unter Einbringung ihrer Handelsgeschäfte nicht als Kar-

---

460) Siehe zu RN 8.21.

461) Siehe zu RN 8.22.

(8.32) tell zu behandeln ist, steht außer Frage [462]. Soll sich daran etwas ändern, wenn die Unternehmen (immer als Gegenstandsbereiche verstanden) geteilt und nur die Absatzorganisation eingebracht werden?

8.33 Eine Verschleierung der Verlagerung von Entscheidungskompetenzen findet selbstverständlich nur dann nicht statt, wenn die Entscheidungsbereiche sauber geschieden werden, wenn also die beteiligten Unternehmen nicht anbieten, das Syndikat nicht über Einkauf und/oder Produktion bestimmt. Wird nicht klar geschieden und dadurch eine Beschränkung des Wettbewerbs und eine Beeinflussung der Marktverhältnisse herbeigeführt, so ist der Vertrag vom Kartellverbot betroffen.

8.34 Es liegt auf der Hand, daß eine solche "Syndikalisierung" auch für andere Funktionen in Betracht kommt und ebenso wie die Syndikalisierung des Absatzes kartellrechtlich unbedenklich ist, wenn sie "rein" ist, wenn also das Syndikat nur diese Funktion übernimmt (nicht über die Wahrnehmung anderer Funktionen mitbestimmt) und wenn die Mitglieder diese Funktion nicht mehr als Einzelunternehmen wahrnehmen. "Einkaufssyndikate" sind nicht anders zu behandeln als "Verkaufssyndikate" [463]. Die allgemein gebilligte Entscheidung, die Gründung von Einkaufsgenossenschaften vom Kartellverbot auszunehmen [464], ist daher nach der hier entwikkelten Auffassung nicht nur wohl begründet, sondern als Ausdruck eines allgemeinen Prinzips (nicht als erweiterungsfähige Sonderregelung) zu begreifen. Sie

---

462) Vgl. RN 1.22, 1.24, 1.25, 1.26.

463) Die Verträge, durch die Einkaufsgenossenschaften gegründet werden, bieten daher keine besonderen Probleme.

464) Siehe zu RN 5.411.

(8.34) darf aber auch als Bestätigung für die Annahme angeführt werden, daß "reine" totale Syndikate entgegen allgemeiner Meinung [465] (mitunter werden Syndikate gerade als Prototyp wettbewerbspolitisch unerwünschter Kooperation angesehen [466]) vom Kartellverbot nicht betroffen sind.

8.35 Für die Richtigkeit dieses Ergebnisses spricht schließlich weiter folgende Überlegung: Ist die Errichtung eines reinen totalen Verkaussyndikats ebenso zulässig wie die Errichtung eines reinen totalen Einkaufs- und Produktionssyndikats, so muß auch die Verbindung beider zulässig sein. Eine solche Verbindung findet statt, wenn mehrere AGs eine OHG oder eine andere Handelsgesellschaft errichten und ihre bisherigen Unternehmen vollständig einbringen, also in Zukunft den Zweck der unter der alten Firma fortbestehenden Gesellschaft nicht in Betrieb eines eigenen Unternehmens, sondern in der Wahrnehmung der Stellung eines Gesellschafters der neuen gemeinsamen Gesellschaft erblicken. Sie findet aber auch bei der Errichtung einer OHG durch natürliche Personen unter Einbringung ihrer Handelsgeschäfte statt. Diese "Fusion" natürlicher Personen ist der Verschmelzung juristischer Personen nur dann gleichzusetzen, wenn auf Firma und Handelsgeschäft geblickt wird. Schaut man statt dessen auf die Personen, so stellt sie eine Parallele nicht zur Verschmelzung (dort verschwinden Personen), sondern zur Errichtung einer Gesellschaft durch fortbestehende juristische Personen unter Einbringung der Handelsgeschäfte dar. Die nach allgemeiner Meinung unbezweifelte Zulässigkeit der Errichtung einer OHG durch im Wettbewerb

---

465) Vgl. etwa BAUMBACH-HEFERMEHL, § 5 GWB Anm. 24; DERINGER im Gemeinschaftskommentar, § 5 Anm. 9.

466) BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO., Anm. 26.

(8.35) miteinander stehende natürliche Personen ist also bei genauerem Zusehen keine volle Parallele zur Verschmelzung, sondern ein Fall der Zulassung eines reinen totalen Einkaufs-, Produktions- und Verkaufssyndikats (der Vergemeinschaftung bestimmter bisher getrennt ausgeübter unternehmerischer Funktionen unter Verbot weiterer getrennter Ausübung bei Aufrechterhaltung der Möglichkeit dazu), ein Fall, der wiederum zur Gleichbehandlung weniger weit gehender Gestaltungen, d.h. zu der hier vertretenen Auffassung zwingt.

8.360 Für die Richtigkeit unserer Auffassung spricht schließlich auch die Behandlung der "Arbeitsgemeinschaften". Darunter versteht man Zusammenschlüsse mehrerer Unternehmen mit dem Ziel, eine sachlich und zeitlich abgegrenzte einheitliche Leistung - z.B. ein großes Bauvorhaben - gemeinsam zu erbringen [467]. Durch einen solchen Zusammenschluß wird der Wettbewerb zwischen den sich zusammenschließenden Unternehmen beschränkt, wenn die Unternehmen sich vor Abgabe ihres Angebots zusammentun, weil der Nachfrager weniger Anbieter zur Auswahl hat. Es ist ganz einhellige Ansicht, daß die auf die Gründung solcher Arbeitsgemeinschaften zielenden Gesellschaftsverträge regelmäßig vom Kartellverbot nicht betroffen sind [468].

8.361 Derartige Gesellschaften sind als Gelegenheitsgesellschaften regelmäßig Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, weil sie nicht auf Dauer angelegt sind, also eine Voraussetzung einer Handelsgesellschaft nicht erfüllen [469]. Der Errichtung der Gesellschaft kommt daher keine notwendige äußere Publizität zu. Freilich

---

467) Vgl. KLEIM, S. 21.

468) Vgl. MÜLLER-HENNEBERG im Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 45; RASCH, WuW 1961, S. 82 f.; RASCH/WESTRICK, § 1 Anm. 30; SANDROCK, Grundbegriffe, S. 327/328 Anm. 376.

469) Vgl. KLEIM, aaO.

(8.361) sind die Wettbewerber, die sich zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammenschließen wollen, nicht gehindert, die Arbeitsgemeinschaft als Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu organisieren oder durch geeignete Vertragsformulierungen zu erreichen, daß die Arbeitsgemeinschaft als offene Handelsgesellschaft im Handelsregister eingetragen wird, womit notwendige äußere Publizität gegeben wäre. Es erscheint jedoch fraglich, ob Unternehmen, die für Einzelprojekte Arbeitsgemeinschaften gründen wollen, auf solche Umwege verwiesen sind oder ob wettbewerbsbeschränkende Arbeitsgemeinschaften nicht auch dann anzuerkennen sind, wenn sie als Gesellschaften des bürgerlichen Rechts organisiert sind. Sinn und Zweck notwendiger äußerer Publizität von Entscheidungseinheiten sind gewahrt: dem potentiellen Vertragspartner können Identität und Individualität seiner Vertragspartner nicht verborgen bleiben, wenn die Arbeitsgemeinschaft unter Aufdeckung ihrer sämtlichen Mitglieder auftritt. Ist diese Voraussetzung erfüllt, so findet nichts statt, was nach Sinn und Zweck des Kartellverbots zu bekämpfen wäre. Die allgemeine Meinung, daß Arbeitsgemeinschaften für Einzelprojekte vom Kartellverbot nicht betroffen sind, ist also unter der gemachten Voraussetzung richtig. Sie ist aber auch ein Beleg für die Richtigkeit unserer weitergehenden Auffassung, denn solche Arbeitsgemeinschaften sind nichts anderes als reine totale Angebots- und Leistungssyndikate für einen Einzelfall. Daß der Vertrag nur für einen Einzelfall den Wettbewerb beschränkt, rechtfertigt das Absehen von öffentlicher (durch Firma und Handelsregister vermittelter) Publizität, das Genügen individueller Offenlegung, nicht aber eine grundsätzliche Sonderbehandlung gegenüber weiterreichenden Syndikaten, wie sie die herrschende Meinung postulieren muß, unsere Auffassung aber gerade vermeidet.

8.40 Zu einer anderen Behandlung, als üblicherweise angenommen, führt unser Kriterium vielleicht auch im Falle der atypischen stillen Gesellschaft, bei der 'der Stille' die Geschäftsführung maßgebend bestimmen kann [470]. Die kartellrechtliche Beurteilung solcher Gestaltungen ist in der Literatur ähnlich unbestimmt und unbestimmbar [471] wie die Beurteilung vertraglicher Gleichordnungskonzerne [472]. Nach unserer Auffassung, die sich nicht nur auf kartellrechtliche Erwägungen stützt [473], müssen diese Gestaltungen, die stets eine Verschleierung der Verlagerung von Entscheidungskompetenzen implizieren, vom Kartellverbot betroffen sein, soweit sie Gesellschaftsverträge sind [474] und die Publizitätserfordernisse der Errichtung einer OHG nicht gewahrt werden.

8.50 Demgegenüber bietet die in der Literatur als besondere Gestaltung behandelte Gründung von Gemeinschaftsunternehmen (mehrere Wettbewerber gründen unter Wahrung ih-

---

470) Siehe zu RN 7.513.

471) Regelmäßig wird in der kartellrechtlichen Literatur dieser besonderen Gestaltung nicht gedacht, so daß zweifelhaft bleibt, ob Äußerungen über die kartellrechtliche Zulässigkeit der Personalgesellschaften des Handelsrechts sich auf sie erstrecken; ebenso regelmäßig wird in der gesellschaftsrechtlichen Literatur die besondere kartellrechtliche Problematik nicht erwähnt, so daß zweifelhaft bleibt, ob Äußerungen über die Zulässigkeit dieser Gestaltungen auf die kartellrechtliche Zulässigkeit zu beziehen sind.

472) Siehe zu RN 8.252.

473) Siehe zu RN 7.5131.

474) Findet ein "Umschlag" in einen Dienstvertrag o.ä. statt, so dürfte problematisch sein, ob dieser Vertrag im Hinblick auf § 15 GWB der Anstellung eines Prokuristen o.ä. gleichzustellen und von dem Verbot auszunehmen ist. Unseres Erachtens spricht vieles gegen diese Gleichstellung.

(8.50) rer wirtschaftlichen und rechtlichen Selbständigkeit eine Gesellschaft, die neben den Gesellschaftern als selbständiger Marktteilnehmer auftritt [475]) keine besonderen Probleme. Verpflichten sich die Gesellschafter untereinander oder gegenüber der Gesellschaft, bestimmte Wettbewerbshandlungen nicht vorzunehmen, so steht die Errichtung eines "Gemeinschaftsunternehmens" in jeder Hinsicht den Fällen der Doppelgesellschaft [476]), der Sonderleistungs-GmbH [477]) oder des unvollständigen Syndikats [478]) gleich. Der Errichtung des Gemeinschaftsunternehmens mag notwendige äußere Publizität zukommen, auf der Seite der Gesellschafter aber wird die eingetretene Verlagerung von Entscheidungskompetenzen verschleiert, was für das Eingreifen des Kartellverbots genügt [479]).

8.60 Die Darlegung der sachlich begründbaren Zurechnung einzelner Arten unternehmerischer Kooperation hat ergeben, daß durch das Kriterium der fehlenden bzw. vorhandenen notwendigen äußeren Publizität - im Gegensatz zu allen anderen Versuchen einer Begründung der Sonderbehandlung von Fusionsverträgen zwischen Wettbewerbern - die Klasse der bislang unstreitig anerkannten Fusionsverträge nicht

---

475) Definition nach KLEIM, S. 22.

476) Siehe zu RN 8.1412.

477) Siehe zu RN 8.152.

478) Siehe zu RN 8.311.

479) Teilweise a.A. KLEIM, S. 54 ff., 68 ff., 77 f. mit ausführlichen Nachw. zur Problematik; vgl. auch TILMANN, S. 153 ff. Die im Text vertretene Ansicht stimmt mit der im amerikanischen Recht getroffenen Lösung überein; die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens wird nach den Maßstäben der rule of reason beurteilt; weitergehende Beschränkungen der Gesellschafter sind per se unzulässig; vgl. MAURER, S. 132 f. und passim.

(8.60) verändert wird [480]. Ebenso bleibt die Klasse der nach gefestigter Lehre und Rechtsprechung vom Kartellverbot betroffenen sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Gesellschaftsverträge unverändert [481], ausgenommen Gründungen totaler Syndikate, die im Hinblick auf die einzig mögliche konsistente sachliche Begründung der Differenzierung zwischen wettbewerbsbeschränkenden Fusionsverträgen und Kartellverträgen den Fusionsverträgen zugeordnet werden müssen [482]. Angesichts der bisherigen Behandlung der totalen Syndikate als Kartelle [483] ist freilich nicht auszuschließen, daß Verträge, die auf die Errichtung totaler Syndikate gerichtet sind, auch in Zukunft de lege lata als verbotene Kartellverträge behandelt werden. Da eine sachlich begründbare Differenzierung innerhalb der wettbewerbsbeschränkenden Gesellschaftsverträge nur aufgrund des Kriteriums der vorhandenen oder fehlenden notwendigen äußeren Publizität von Entscheidungseinheiten möglich ist, enthielte eine solche Behandlung jedoch einen - zumindest de lege ferenda [484] - zu beseitigenden Wertungswiderspruch.

---

480) Siehe zu RN 8.21; 8.22; 8.23; 8.24; 8.251.

481) Siehe zu RN 8.11; 8.12; 8.13; 8.14; 8.15.

482) Siehe zu RN 8.312; 8.313; 8.32; 8.33; 8.34; 8.35.

483) Vgl. RGZ 38, 155 ff. und oben bei Anm. 457, 465 f.

484) Vgl. RN 3.11.

9 Zusammenfassung und Folgerungen

9.10 Die allgemeine Ansicht, das Kartellverbot betreffe nicht alle wettbewerbsbeschränkenden Gesellschaftsverträge, ist sachlich begründet, wenn als nicht betroffen solche Verträge angesehen werden, bei denen die durch den Vertrag herbeigeführte Verlagerung von relevanten Entscheidungskompetenzen notwendig offen gelegt wird. Sinn und Zweck des Kartellverbots ist die Bekämpfung der Verschleierung solcher Verlagerungen (Verlagerungen ohne notwendige äußere Publizität).

9.11 Vom Kartellverbot betroffen sind wettbewerbsbeschränkende Gesellschaftsverträge auch dann, wenn der Errichtung der Gesellschaft notwendige äußere Publizität auf der Seite der Gesellschaft, nicht aber auf der Seite der Gesellschafter zukommt und die Gesellschafter weiterhin als freies Subjekt der Entscheidungen auftreten, hinsichtlich derer sie durch den Gesellschaftsvertrag gebunden sind [485].

9.12 Umgekehrt sind vom Kartellverbot nicht betroffen wettbewerbsbeschränkende Gesellschaftsverträge, wenn der Verlagerung von Entscheidungskompetenzen auf Seiten der Verlierer, nicht auch auf Seiten des Erwerbers

---

485) Nicht betroffen sind danach: Errichtung einer Handelsgesellschaft durch natürliche oder juristische Personen, die dabei ihre bisherigen Handelsgeschäfte so einbringen, daß sie weiterhin nicht nebeneinander und neben der Gesellschaft als Wettbewerber auftreten (einschließlich "totaler Syndikate").

(9.12) notwendige äußere Publizität zukommt [486].

9.13 Notwendige äußere Publizität ist die durch das Auftreten unter eigener Firma und/oder durch die Bestimmungen über das Handelsregister vermittelte Publizität. Bei Zusammenschlüssen für ein einzelnes Geschäft kann eine anderweitige Offenlegung gegenüber dem Geschäftspartner genügen [487]. Eine Publizität ohne zwingende Sanktionen (freiwillig eingerichtetes Kartellregister o.ä.) dagegen reicht nicht aus.

9.2 Diese Ergebnisse sind nach den hier entwickelten Kriterien sinnvoller Begriffsbildung [488] durch Aufnahme eines zusätzlichen Tatbestandsmerkmals in das Kartellverbot zum Ausdruck zu bringen. § 1 GWB gilt also, wie wenn er wie folgt lautete:

> "Verträge, die Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schließen, sind unwirksam, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen, wenn der vertraglichen Bindung der Unternehmen keine notwendige äußere Publizität zukommt."

---

486) Nicht betroffen sind danach: Beherrschungsvertrag und Eingliederung i.S. des AktG. Aus dem gleichen Grund bleiben vom Kartellverbot unberührt wechselseitige Beteiligungen von Wettbewerbern in Personalgesellschaften, auch wenn jeder der sich wechselseitig Beteiligenden seine Firma unverändert fortführt: das Handelsregister weist beim Verlierer (d.i. der einen oder mehrere Partner aufnehmende Wettbewerber) die Verlagerung von Entscheidungskompetenzen auf die neuen Partner aus.

487) So bei "Arbeitsgemeinschaften".

488) Siehe zu RN 3.

9.30 Die von diesem zusätzlichen Merkmal erfaßte Abhebung der "Kartelle" als "wettbewerbsbeschränkende Gesellschaftsverträge ohne notwendige äußere Publizität" von sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Gesellschaftsverträgen ist auch dann sinnvoll, wenn für "Kartelle" keine anderen Rechtssätze gelten als für sonstige wettbewerbsbeschränkende Gesellschaftsverträge ("Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern"). Sie ist bedeutsam, weil sich in jedem Fall für "Kartelle" besondere Ordnungsprobleme stellen.

9.310 Wettbewerbsbeschränkende Gesellschaftsverträge stellen einer Rechtsordnung, die Privatautonomie in einem Wettbewerbssystem verwirklicht wissen will, Ordnungsprobleme, die auch durch andere Gestaltungen aufgeworfen werden. Privatautonomie kann auf vermachteten Märkten nicht stattfinden, mit MESTMÄCKER: "nur bei relativ gleicher Macht oder relativ gleicher Machtlosigkeit der beteiligten Rechtssubjekte vermag die Vertragsfreiheit ihre ordnende Kraft voll zu entfalten" [489]. Wirtschaftliche - die Privatautonomie gefährdende - Macht entsteht aber nicht nur durch wettbewerbsbeschränkende Gesellschaftsverträge, sondern auch durch internes Wachstum, durch Erbgang oder Eheschließung, durch Ausfall von Wettbewerbern oder Änderung der Nachfrage ohne jedes Zutun der Rechtsordnung. Der Versuch, Privatautonomie gegen wirtschaftliche Macht zu sichern, mag - um tauglich zu sein - die Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender Gesellschaftsverträge einschließen müssen, er kann sich in keinem Fall auf diese Bekämpfung beschränken.

---

489) JZ 1964, S. 443 Sp. 1/2.

9.311 Kartellverträge führen jedoch nicht nur zur Entstehung von - möglicherweise die Privatautonomie gefährdender - Macht. Sie sind darüberhinaus, weil ihnen notwendige äußere Publizität fehlt, Instrumente der Verschleierung der Verlagerung von Macht.

9.312 Eine Wirtschaftsordnung - und das heißt: Rechtsordnung - mag auch dann menschenwürdig sein, wenn sie die Auslieferung an soziale Macht in gewissem Maße toleriert. Sie verdient jedoch gewiß dann nicht mehr das Prädikat "menschenwürdig", wenn sie es duldet, daß Menschen anonymer Macht ausgeliefert sind. Abhängigkeit mag (und muß wohl) in gewissen Grenzen hingenommen werden; abhängig zu sein und nicht erkennen zu können, daß und wem man ausgeliefert ist, entwürdigt den Menschen zum bloßen Mittel bei der Verfolgung fremder Zwecke, ohne ihm die Chance einzuräumen, der Abhängigkeit durch Auseinandersetzung mit den Machtinhabern zu entgehen. Eine Rechtsordnung, die ein ausreichendes Instrumentarium für die Bekämpfung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht enthält, kann deshalb darauf verzichten, wettbewerbsbeschränkende Gesellschaftsverträge schlechtweg zu verbieten. Kartelle kann sie nicht zulassen, wenn sie sich nicht selbst in Frage stellen will. Die Bildung wirtschaftlicher Macht durch wettbewerbsbeschränkende Gesellschaftsverträge ist problematisch. Die Bildung anonymer wirtschaftlicher Macht durch solche Verträge ist unerträglich. Kartellverträge müssen grundsätzlich unwirksam sein, Fusionsverträge zwischen Wettbewerbern hingegen nicht.